

Crim.

128

æh



Cinn.

128 sh

Hiller



# RECHTMÄSSIGKEIT DER EHE

IN DEUTSCHLAND

DES VERSTORBENEN EHEGATTES

(2. THEIL)

VON

Dr. jur. KARL HOFFMANN

VERLAG

VERLAG DER BUCH- UND KUNSTHANDLUNG

1874







*Erinn.*  
*128 xh*  
*—*

DIE  
**RECHTMÄSSIGKEIT DER AMTSAUSÜBUNG**  
IM BEGRIFFE  
**DES VERGEHENS DER WIDERSETZLICHKEIT.**

(§ 113 des R.-St.-G.-B.)

VON

**Dr. jur. KARL HILLER.**

---

WÜRZBURG.

VERLAG DER STAHEL'SCHEN BUCH- & KUNSTHANDLUNG.

1873.



DIE

RECHTMÄSSIGKEIT DER AUSÜBUNG

IM BEGRIFFE

DES VERGEGENS DER WIDERSATZLICHKEIT

(S. 113 des H.-St.-G.-B.)

VON



Dr. jur. KARL LUTHER.

WÜRZBURG

Druck der Stahel'schen Buchdruckerei in Würzburg.

1873



**HERRN**

**GEHEIMEN RATH UND PROFESSOR DER RECHTE**

**D<sup>R.</sup> EMIL HERRMANN**

**ZU HEIDELBERG**

**IN DANKBARER VEREHRUNG**

**GEWIDMET,**



HERRN

GEHEIMEN RATH UND PROFESSOR DER RECHTE

DR. EMIL HERRMANN

ZU HEIDELBERG

IN DANKBAREM VEREHRUNG

GEWIDMET



## V o r r e d e.

Nicht ohne Zagen, wie nur irgend ein Erstlingswerk, tritt diese Abhandlung vor die Oeffentlichkeit, wenn auch einigermaßen ermuthigt durch die wohlwollende Aufnahme, welche sie bei der hohen Juristenfacultät der Universität Heidelberg gefunden.

Was an der Behandlung der im Titel bezeichneten Frage dürftig und lückenhaft erscheint, möge man dem ersten Versuche zu Gute halten, den hoffentlich ersichtlichen besten Willen für die gewünschte That nehmend!

Besonders hervorheben muss ich auch an dieser Stelle (wenngleich in der Einleitung nochmals bemerkt), dass mit Rücksicht auf Zweck und Grund des Ganzen der staatsrechtlichen Seite der Frage nur eine secundäre Bedeutung und Behandlung beizumessen war, ein Umstand, der jedenfalls bei diesem Theile Kürze, ja selbst mögliche Unvollständigkeit verzeihlich macht. Schon mit Rücksicht darauf, aber auch aus andern Gründen wird es gerechtfertigt erscheinen, dass ich z. B. die jesuitischen Schriftsteller des 16. und 17. Jahrhunderts, welche die Lehre vom Widerstandsrechte gegen die Staatsgewalt schon viel früher als die publicistische Doctrin jener Zeit angeregt hatten, aber, von ganz



andern Prämissen ausgehend, zu ganz andern, ja selbst den monströsesten Consequenzen gelangten, nicht als Gewährsmänner für die hier entwickelte Theorie anführen mochte.

Dagegen konnte ich zu meinem lebhaftesten Bedauern einzelne bedeutende Werke der allerneuesten Literatur, wie z. B. *Gneist*, der Rechtsstaat, nicht mehr benützen und allegiren, da sie mir erst, nachdem die betreffenden Theile meiner Schrift bereits in sich abgeschlossen und druckreif waren, zugänglich wurden.

Ob dem anerkannten wissenschaftlichen und practischen Bedürfniss nach einer ausführlichen und selbstständigen Behandlung der beregten Frage durch die vorwürfige Darstellung nur in irgend einer Weise abgeholfen ist, dürfte allerdings fraglich sein; ich fände jedoch schon meine schönste Befriedigung darin, wenn dadurch nur die fernere bessere Inangriffnahme dieses Punktes in der künftigen Doctrin angeregt, und vielleicht ein wenigstens für den practischen Gebrauch momentan dienlicher Beitrag zur Erklärung des Deutschen Strafgesetzbuchs geboten sein sollte.

So wird es wohl, mit Berücksichtigung dieser Eingangsworte, nicht als Unbescheidenheit erscheinen, wenn ich an eine nachsichtige, jedenfalls aber gerechte und vorurtheilsfreie Beurtheilung appellire!

Heidelberg, November 1872.



## I n h a l t.

|                                                                                               | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| § 1. <i>Einleitung</i> . . . . .                                                              | 1     |
| <i>I. Die Controverse über das Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt.</i>             |       |
| § 2. A. Betrachtung vom staatsrechtlichen Standpuncte . . .                                   | 4     |
| § 3. B. Die Controverse im Criminalrecht . . . . .                                            | 9     |
| § 4. C. Die herrschende Ansicht der gemeinrechtlichen Doctrin .                               | 23    |
| <i>II. Die Bestimmungen des älteren positiven Rechts.</i>                                     |       |
| § 5. A. Gemeines Recht . . . . .                                                              | 29    |
| § 6. B. Die deutschen Landesstrafgesetzbücher . . . . .                                       | 32    |
| § 7. <i>III. Das neue Deutsche Reichsstrafrecht.</i> . . . .                                  | 42    |
| § 8. 1. Begründung des Widerstandsrechtes gegen die Staatsgewalt überhaupt . . . . .          | 43    |
| § 9. 2. Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung.                                         |       |
| a. Im Allgemeinen . . . . .                                                                   | 47    |
| § 10.     b. Im Reichsstrafgesetzbuch . . . . .                                               | 52    |
| § 11. 3. Das Verhältniss des Widerstandsrechtes gegen die Staatsgewalt zur Nothwehr . . . . . | 63    |
| § 12. 4. Widerlegung unrichtiger Behauptungen in Bezug auf Nebenfragen . . . . .              | 66    |
| § 13. 5. Casuistik . . . . .                                                                  | 74    |
| § 14. <i>Schluss</i> . . . . .                                                                | 88    |



Die Widerstandsbewehrung ist ein  
 rechtliches Mittel, welches dem  
 Staat zur Verfügung steht, um die

# Inhalt

|   |                                                                                    |   |
|---|------------------------------------------------------------------------------------|---|
| 1 | Einleitung                                                                         | 1 |
| 1 | I. Die Widerstandsbewehrung über das Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt | 1 |
| 1 | A. Betrachtung vom staatsrechtlichen Standpunkte                                   | 1 |
| 1 | B. Die Widerstandsbewehrung im Criminalrecht                                       | 1 |
| 1 | C. Die Widerstandsbewehrung im Verhältniß der gemeinrechtlichen Staaten            | 1 |
| 1 | II. Die Widerstandsbewehrung des öffentlichen Rechts                               | 1 |
| 1 | A. Allgemeines Recht                                                               | 1 |
| 1 | B. Die deutsche Landesverfassung                                                   | 1 |
| 1 | III. Das neue deutsche Reichsrecht                                                 | 1 |
| 1 | 1. Begründung des Widerstandes gegen die Staatsgewalt                              | 1 |
| 1 | Überhaupt                                                                          | 1 |
| 1 | 2. Begriff der Widerstandsbewehrung                                                | 1 |
| 1 | a. Im Allgemeinen                                                                  | 1 |
| 1 | b. Im Reichsrecht                                                                  | 1 |
| 1 | 3. Das Verhältniß des Widerstandes gegen die Staatsgewalt zur Nothwehr             | 1 |
| 1 | 4. Widerstandsbewehrung in Bezug auf Nothwehr                                      | 1 |
| 1 | 5. Casuistik                                                                       | 1 |
| 1 | 6. Schluss                                                                         | 1 |



## E i n l e i t u n g.

### § 1.

Der höchsten Gewalt im Staate muss, wenn sie ihre Autorität gegen jeden unbefugten Eingriff in dieselbe wahren und ihren Massnahmen da, wo sie berufsgemäss ordnend und vollstreckend auftritt, den nöthigen Nachdruck geben will, *der Schutz des Gesetzes* und ein gewisser äusserer Zwang zur Seite stehen, ohne welchen eine Verwirklichung der Staatszwecke undenkbar ist. Allein diesen Factoren der öffentlichen Gewalt steht *das unverletzliche Recht* des Staatsbürgers und *sein Anspruch auf den Schutz des Gesetzes* gegenüber.

Die hiedurch leicht eintretende Möglichkeit *einer Collision* der staatlichen Autorität mit der persönlichen Freiheit des Individuums führt nothwendig zu dem Schlusse, dass es wohl *Gränzen* geben muss, innerhalb deren allein die Obrigkeit befugt ist, den Willen des Gesetzes auszuführen, und die Unterthanen verpflichtet sind, ihren Befehlen und Anordnungen nicht nur zu gehorchen, sondern auch deren Vollstreckung sich zu unterwerfen.

Wie nun, so lange diese Gränzen eingehalten sind, jeder Widerstand des Einzelnen, mag er thätlicher sein, oder sich nur als passiver Ungehorsam herausstellen, jedenfalls Unrecht ist, so muss jenseits derselben für Jeden ein Recht begründet sein, den ausserhalb des Gesetzes stehenden Angriff der Staatsgewalt, wie jede andere Gewaltthätigkeit im Falle der Noth von sich abzuwehren<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> *Levita*, Recht der Nothwehr, S. 193; *Schwarze*, Commentar z. R.-St.-G.-B. S. 312.



Die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen diess Recht dem Staatsbürger der öffentlichen Gewalt gegenüber zustehe, in welchen Fällen er also seinen Anspruch auf Schutz des Gesetzes gegen die Obrigkeit selbst verfolgen dürfe, tritt uns im Staatsleben in verschiedener Gestalt entgegen und bewegt sich hier in dem weitesten Spielraum, vom passiven Ungehorsam angefangen bis hinauf zum gewaltsamen Widerstande. Im Strafrechte begegnet sie uns vorzugsweise bei der Bestrafung des Widerstandes gegen die Staatsgewalt, wo es sich also darum handeln wird, ob der den öffentlichen Organen entgegengesetzte Widerstand unter allen Umständen, oder nur dann strafbar sein soll, wenn dem Objecte desselben eine bestimmt begränzte, rechtliche Qualität zukommt, d. h. also inwiefern auf den Widerstand gegen Handlungen der Staatsgewalt die Grundsätze der Nothwehr anzuwenden seien.

Es ist kaum zu verwundern, dass eine Idee, welche so sehr mit den Rechtsbegriffen und Anschauungen eines Volkes über seine Stellung zur staatlichen Obergewalt verwachsen ist, im Laufe der Zeit, in den verschiedenen Culturepochen ein verschiedenes Gepräge in Theorie und Praxis annehmen und selbst in neuerer Zeit bei den entgegenstehenden Auffassungen der Doctrin und theilweise auch des positiven Rechts behalten musste und so überall wo sie Geltung beansprucht, den Gegenstand lebhafter Controversen bildet.

Dass diese im Staatsrechte ihre Hauptstütze, ihren letzten Ausgangspunkt haben, folgt aus der Natur der Sache. Es ist die Lehre *vom Gehorsam der Unterthanen gegen die Staatsgewalt*, wo sich ältere und neuere Publicisten darüber, ob dieser ein unbedingter (absoluter) oder nur ein bedingter (verfassungsmässiger) sei, und in Folge dessen über die Zulässigkeit des passiven Ungehorsams und selbst des activen Widerstandes gegen die öffentliche Gewalt in lebhaftem Streite gegenüberstehen.

Selbstverständlich muss dieser Streit auf das Criminalrecht, sobald dort die Bestrafung von Widersetzungshandlungen der Unterthanen in Frage kommt, eine Rückwirkung äussern und in der That besteht auch hier in der gemeinrechtlichen Doctrin eine bedeutende Meinungsverschiedenheit darüber, ob die unter diesen Begriff fallenden Delicte *unbedingt*, oder nur unter der



ganz bestimmten Voraussetzung, dass die Behörde *innerhalb ihrer rechtlichen Grenzen*, d. h. *rechtmässig* handelnd auftritt, strafbar seien <sup>1)</sup>.

Ist diese Controverse auch durch die heutige Theorie in ihrer grossen Majorität und durch die Reichsgesetzgebung als entschieden anzusehen, so ist man doch über jene Voraussetzungen und Grenzen der Strafbarkeit, wie über den Begriff der rechtlichen Qualität des staatlichen Actes, welcher das Object des fraglichen Verbrechens bildet, vom Standpunkte der Theorie wie des positiven Rechtes noch keineswegs einig.

Desshalb ist es nicht wohl zu umgehen; *die Streitfrage mit ihrer Literatur auf dem staatsrechtlichen und criminalistischen Gebiete*, namentlich *in ihrer historischen Entwicklung* vorerst soweit in's Auge zu fassen, als diese der Feststellung der oben bezeichneten Grenzen der Strafbarkeit der Widersetzung, bezw. dem Begriffe der Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Sinne des neuen Reichsstrafrechts zur Begründung und zum Verständniss dient, wobei zugleich die Theorie selbst wenigstens nach ihrer specifisch criminellen Seite, soviel als einleitungsweise nöthig, im Sinne der richtigen und herrschenden Ansicht klar zu stellen ist, bezüglich des staatsrechtlichen Theils aber im Hinblick auf die Aufgabe des Ganzen allerdings nur eine Uebersicht in gedrängtester Kürze gegeben werden kann (I), um nach einer Darlegung des Standpunktes *der gemeinrechtlichen Quellen und der Deutschen Particulargesetzgebung* in dieser Frage (II) deren *eigentliche systematische Behandlung und principielle Lösung* versuchen zu können (III).

---

<sup>1)</sup> Schulze, preuss. Staatsr. I. S. 369.



3  
ganz bestimmten Voraussetzungen, dass die Behörde innerhalb ihrer  
rechtlichen Grenzen, d. h. rechtswegig handelnd auftritt, strafbar  
sein).

Ist diese Controverse auch durch die heutige Theorie in  
ihrer grossen Majorität und durch die Reichsgesetzgebung als  
entschieden anzusehen, so ist man doch über jede Voraussetz-  
ungen und Grenzen der Strafbarkeit, wie über den Begriff der  
rechtlichen Qualität des staatlichen Actes, welcher das Object des  
straflichen Verzeichens bildet, vom Standpunkte der Theorie wie  
des positiven Rechtes noch keinwegs einig.

## I.

### Die Controverse über das Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt.

#### § 2.

#### A. Betrachtung vom staatsrechtlichen Standpunkte.

Mit der geschichtlichen Entwicklung der Staatsformen musste  
die Theorie vom Gehorsam der Unterthanen Hand in Hand gehen  
und mehr als irgend eine war sie von den herrschenden Ström-  
ungen der Zeit, von religiösen und politischen Anschauungen  
beeinflusst.

Mochte auch die Theokratie unbedingten Gehorsam als noth-  
wendige Grundlage in Anspruch nehmen, der absolute Staat ihn  
als natürliche Forderung aufstellen<sup>1)</sup>, so musste sich doch stets  
eine Gränze finden, über die hinaus, selbst wenn der Zweck  
eines Staates noch so weit gesteckt und demgemäss die Macht  
des Regenten noch so gross bemessen sein sollte, von Verfolg-  
ung jenes Zweckes nicht mehr die Rede sein konnte<sup>2)</sup>.

Wo aber die Thätigkeit der Staatsgewalt verfassungsmässig  
begränzt und von bestimmten Voraussetzungen und Formen ab-  
hängig ist, wird auch die Pflicht des Gehorsams durch das Da-  
sein dieser Voraussetzungen und Formen als bedingt zu betrach-  
ten sein<sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> *Bluntschli*, in seinem und *Brater's* Staatswörterbuch, IV. S. 82; *Mohl*,  
Geschichte und Literatur der Staatswissensch. I. S. 322.

<sup>2)</sup> *Mohl*, a. a. O. S. 320.

<sup>3)</sup> *Zachariae*, deutsch. Staats- und Bundesr. I. S. 433.



Dieser Grundsatz ist in Deutschland, wo Despotie niemals Rechtens war, von jeher in Geltung gestanden. Ausdrückliche positiv-rechtliche Anerkenntnisse desselben finden sich, abgesehen von der sehr begränzten Pflicht des Gehorsams der Reichsstände gegen Kaiser und Reich schon in den ältesten deutschen Rechtsbüchern <sup>1)</sup>. Der Sachsenspiegel sagt (III, 78, § 2) mit klaren Worten: „Die man mut ok wol sime koninge und sime richtere unrechtes widerstan“, und kl. Kaiserrecht (II. 117) heisst es; „der keiser ist dem minsten gleich, tut er vnrecht . . . der keiser sal keiser sin, die wile er recht tut.“ <sup>2)</sup>

Die Wahlcapitulation (Art. XV. § 1) spricht vom „schuldigen“ Gehorsam der mittelbaren Reichs- und der Stände Landesunterthanen, was Moser (Von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögens, S. 70) dahin erklärt, dass „vom Landesherrn kein weiterer als der nach göttlichen, natürlichen, Reichs- und gemeinen Rechten schuldige Gehorsam gefordert werden kann“, und Art. XIX. § 7 bestimmt ausdrücklich, dass unrechtmässigen Anordnungen der Obrigkeit „keine Parition zu leisten sei“.

Auch Struben (Rechtl. Bedenken, IV, Nr. 146) constatirt, dass „in Teutschland die Reichsgesetze keinem Reichsstand die *viam facti* erlauben, sondern er muss, wenn der geringste Bauer ihn in Anspruch nimmt, sein Verfahren vor dem Richter rechtfertigen und also auch nicht fordern, dass man blindlings allen seinen Verfügungen gehorsame, wie denn auch vom kaiserlichen Kammergerichte (folgen Entscheidungen desselben als Belege) solcher Widerstand gebilligt worden.“ — Dass natürlich auch mit der Entwicklung des Constitutionalismus der verfassungsmässige Gehorsam die alleinige Regel und Grundlage der staatsbürgerlichen Pflichten bleiben und noch bestimmtere Formen annehmen musste, ist nur eine nothwendige Folge dieser Entwicklung; Zeuge hiefür sind die Normen der älteren und neueren Landesverfassungen <sup>3)</sup>, die Bestimmungen über die Formen des

<sup>1)</sup> Zachariae, a. a. O.

<sup>2)</sup> Weitere Belege hiezu s. Mohl, a. a. O. S. 323, Anm. 1.

<sup>3)</sup> Citate hiefür s. Zachariae, d. Staats- und Bundesr. I. S. 434, Anm. 2.



Huldigungseides, über die äusseren Formen der Gesetze, Verordnungen, obrigkeitlichen Befehle etc. etc.

✓ Gleichwohl hat die Lehre vom unbedingten Gehorsam in der Theorie jederzeit angesehene Vertreter gefunden. Zu den ältesten und hervorragendsten Vertheidigern derselben zählt der Engländer *Thomas Hobbes*, der in drei verschiedenen Schriften (*Elementa philosophica de cive*, 1642; *de corpore politico sive elementa juris*, 1650, und *Leviathan sive de republica ecclesiastica atque civili*, 1651) zuerst die berühmte Lehre von vertragsmässiger Gründung des Staates zur Beseitigung eines allgemeinen Gewaltzustandes (des *belli omnium contra omnes*), als einen nothwendigen Folgesatz derselben die Unbeschränktheit der Macht des Regenten und somit die unbedingte Gehorsamspflicht der Unterthanen aufstellte, dadurch aber allgemeinen Widerspruch, ja einen wahren Sturm von Gegenschriften in und ausserhalb England hervorrief, welche die unvorsichtig genug von *Hobbes* aufgestellte Vertragstheorie selbst mit leichtester Mühe gegen seinen angeblichen Folgesatz wendeten<sup>1)</sup>. Die bedeutendsten Männer Englands gehören dieser Opposition an, so namentlich *John Locke* (*two treatises on Government*, London 1690), *Algernon Sidney* (*Discourses concerning government* 1698), *Milton* (*Defensio pro populo Anglicano*, 1650), u. a. m.<sup>2)</sup>. Aus neuerer Zeit sind hier noch besonders *Macauley's* vortreffliche Ausführungen in seiner englischen Geschichte (c. IX.) zu nennen.

✓ Aber auch auf dem Continent fand die Lehre von dem bloss verfassungsmässigen Gehorsam, welche sich namentlich bei den staatsrechtlichen Vorgängen in den Vereinigten Staaten von Nordamerika gegen Ende des vorigen Jahrhunderts wirksam zeigte, viele Vertheidiger, denen allerdings eine Anzahl bedeutender Männer gegenübersteht, die den leidenden Gehorsam als Princip vertreten. Schon *Hugo Grotius* (*de jure belli lib. I. cap. IV.*) fordert zwar im Grundsatz unbedingten Gehorsam, billigt aber doch in einigen Ausnahmefällen thätlichen Widerstand gegen offenbare Pflichtverletzung und Durchbrechung der verfassungs-

<sup>1)</sup> s. *Mohl*, a. a. O. S. 325.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu weiter *Mohl*, a. a. O. S. 327 ff., *Bluntschli*, a. a. O. S. 84 ff.



mässigen Schranken seitens der Regierung. Dagegen gehören *Pufendorf* (*Jus naturae et gentium* lib. II. c. 3, 5, 6, 8 und *De officio hominis et civis* lib. II. c. 9) sowie seine Schüler und Commentatoren (noch 1831 *Henrici*, „Von den besten Mitteln gegen Despotie“), ebenso *J. Henning-Böhmer* (*Introductio in jus universale*) und *Kant* (*Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre* 1798 Th. 2, Abschn. 1, allg. Anm. A., S. 206) zu den entschiedensten Vertheidigern des leidenden Gehorsams.

In Frankreich sprach sich *Rousseau* (*Contrat social*, 1762) durch seine Lehre von der obersten und unbeschränkten Macht des allgemeinen Willens für den Widerstand im weitesten Sinne aus; ein kurzer Umschlag zu Gunsten des unbedingten Gehorsams erfolgte in der Zeit der bourbonischen Restauration, während die liberale Partei, an ihrer Spitze *P. Constant*, *Guizot* u. a. m., den englischen Grundsatz vollständig adoptirte<sup>1)</sup>.

Die grosse Anzahl deutscher Staatsrechtslehrer, die sich für das Recht des Widerstandes entweder in grösseren publicistischen Werken oder in eigenen ausführlichen Abhandlungen erklären, lässt eine mehrfach verschiedene Art der Begründung desselben erkennen. Hauptsächlich war es die die Doctrin so lange beherrschende Theorie vom Staatsvertrage, welche (wie in England schon gegen *Hobbes* geschah)<sup>2)</sup> in einer gesetzwidrigen Handlungsweise der Regierung einen Vertragsbruch ihrerseits erblickt, womit zugleich eine Entledigung des andern Contrahenten, des Volkes, von seinen Verpflichtungen, folglich das Aufhören jeder Gehorsamspflicht und die Berechtigung desselben zum Widerstande gegen weiteren Zwang sich verbinde. Von namhaften diese Ansicht vertretenden Monographien sind besonders hervorzuheben: *Heydenreich*, Ueber die Heiligkeit des Staates und die Moralität der Revolutionen, 1794, *Buchholz*, *Anti-Leviathan*, etc. 1807, *Feuerbach*, *Antihobbes*, 1798, *Strombeck*, Was ist Rechtens, wenn die oberste Staatsgewalt dem Zweck des Staates entgegenhandelt? 1832 (4. Aufl.).

<sup>1)</sup> *Mohl* a. a. O. S. 330, 331—32.

<sup>2)</sup> S. oben S. 6.



Das zweifellos epochemachendste dieser Werke, *Feuerbach's Antihobbes* gipfelt in folgenden Principien (S. 92—93.):

- 1) „dass der Regent durch den Unterwerfungsvertrag wirklich vollkommene Verbindlichkeiten übernehme,
- 2) dass er, wenn er diesen vollkommenen Verbindlichkeiten zuwider handelt, mithin den Unterwerfungsvertrag verletzt, für die bestimmte Handlung, durch welche er diese Verletzung begeht, aufhöre, Regent zu sein; nicht also der Oberherr, sondern eine Privatperson gezwungen werde, wenn sich das Volk wegen dieser Verletzung gegen ihn erhebt,
- 3) dass sich keine vollkommene Verbindlichkeit des Volkes zum Gehorsam denken lasse, als nur in denjenigen Verfügungen des Regenten, in welchen er nicht dem Unterwerfungsvertrag zuwider handelt.“

*Strombeck's* Schrift, durch die Braunschweiger Ereignisse des Jahres 1830 veranlasst, basirt auf dem Gedanken, dass ein Volk, dessen natürliche und bürgerliche Rechte, also auch dessen Staatsverfassung der Fürst verletzt, als äusserstes Mittel das Recht hat, ihm den Gehorsam aufzukündigen, wodurch die oberste Gewalt unmittelbar auf seinen rechtmässigen Nachfolger übergeht. Das Beste und der Politik Gemässeste sei, einen solchen Fürsten vorläufig nur unschädlich zu machen, alles Uebrige aber seinem Nachfolger zur weiteren Austragung mit verwandten, verbündeten oder dominirenden benachbarten Höfen zu überlassen (S. 34).

Andere finden das Recht zum Widerstande dadurch begründet, dass die Regierung, welches auch ihr rechtlicher Ursprung sei, kein Recht zu einer ungesetzlichen Handlung, Unrecht zu dulden aber Niemand eine Verpflichtung habe. Hierher zählt namentlich *Jacob's Antimachiavell* etc. 1794, worin Widerstand geradezu für Pflicht erklärt und den Bürgern nicht einmal freiwillige Unterwerfung unter verfassungswidrige Handlungen gestattet wird.

(Ueber die Systeme und grösseren Werke, in denen die bisher genannten Hauptansichten vertreten sind, vgl. *Mohl*, a. a. O. S. 332—33).

Eine dritte Ansicht, welche den Grund des Widerstandes in einer sittlichen Pflicht erblickt, ist namentlich repräsentirt



durch *Erhard* (über das Recht des Volkes zur Revolution 1795; vgl. hiezu auch *Stahl*, Rechtsphilos. 2. Aufl. Bd. II. 2. Abthl. § 35, S. 124).

Vereinzelt steht *Fichte* mit seiner Ansicht (Grundlinien des Naturrechts, S. 222 ff.), wonach das Volk als das Höchste im Staate, über das Niemand ein Recht hat, vollkommen in Befugniss ist, wenn es sich in seiner Gesammtheit, oder ein Einzelner durch seinen Aufschluss an sie, erhebt gegen Gewalt-handlungen der Regierung.

Einen vollständigen Ueberblick der Literatur und Theorie der ganzen Frage gibt *Murhard*, Ueber Widerstand, Empörung und Zwangsübung gegen die bestehende Staatsgewalt, 1832.<sup>1)</sup>

Naturgemäss ist in der Literatur der Gegenwart bei den modernen Anschauungen vom Staate und dem Vorwiegen des Constitutionalismus verfassungsmässiger Gehorsam und ein Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt unter den Voraussetzungen der Nothwehr allgemein und zwar namentlich aus dem schon oben erwähnten Grunde, weil die oberste Gewalt zu rechtswidrigen Akten nicht berechtigt, Unrecht zu leiden aber Niemand verpflichtet sei, — wenn auch mit einzelnen geringen Abschattungen — anerkannt<sup>2)</sup>.

### § 3.

#### B. Die Controverse im Criminalrecht.

Wie schon Eingangs erwähnt, musste die Controverse, ob blinder (unbedingter) oder verfassungsmässig begrenzter Gehorsam Pflicht des Staatsbürgers und ein Recht des Widerstands gegen Anordnungen der Staatsgewalt für ihn in irgend einem Falle begründet sei oder nicht (wenn diess Recht auch einerseits von

<sup>1)</sup> Vgl. zu dem Bisherigen überhaupt: *Mohl*, a. a. O. S. 320—334, *Bluntschli*, in seinem und *Brater's* Staatswörterb. IV. S. 85 ff., *Held*, Staat und Gesellschaft, III., S. 493 ff., bes. Anm. 471.

<sup>2)</sup> Vgl. hierüber *Bluntschli*, Staatsrecht, S. 541 ff.; *Grotefend*, Staatsr. S. 468 ff., *Held*, Verfassungsrr. II., S. 592 ff.; *ders.*, Staat und Gesellsch. III. S. 493 ff., *Mohl*, württ. Staatsr. I. S. 292 und 298; *Pözl*, bayer. Verf.-R. § 37; *Rönne*, preuss. Staatsr. § 103; *Schulze*, preuss. Staatsr. I. S. 369, *Stein*, Verwaltungslehre I. S. 108; *Zachariae*, deutsch. Staats- u. Bundesr. I. S. 435 ff.; *Zöpfl*, Staatsr. II. §. 282.



der grossen Majorität der publicistischen Doctrin mit Glück vertheidigt, anderseits verfassungsmässig anerkannt ist) dennoch nach der Seite hin, wo sie vorzugsweise practisch zu werden beginnt, nämlich nach der des Criminalrechts, ihren Wiederhall finden, sobald es sich um die Bestrafung von Aufstand und Aufruhr, Ungehorsam und Aufforderung hiezu und in specie der Widersetzung gegen staatliche Vollzugsacte handelt, indem hier die Frage entsteht, ob diese Delicte *unbedingt* oder nur, wenn sie sich gegen die *rechtmässig, in ihren gesetzlichen Schranken waltende Obrigkeit* kehren, strafbar seien. Die unbedingte Strafbarkeit dieser Verbrechen steht und fällt mit der Theorie vom unbedingten oder absoluten Gehorsam, zudem es auch meistens politische Motive und Begründungen sind, auf welche diejenigen Criminalisten, welche ein Recht des Widerstands nicht zulassen und jene Delicte unter allen Umständen bestraft wissen wollen, sich stützen. Da uns hier nur die Stellung der Staatsgewalt gegenüber dem Vergehen der Widersetzlichkeit interessirt, heben wir die criminalistische Controverse auch nur mit Rücksicht auf diese besonders hervor, zumal ja die Frage für sämtliche genannte Delictsarten identisch ist.

Zuvor könnte es vielleicht nothwendig erscheinen, Begriff und Thatbestandsmomente des Vergehens der Widersetzlichkeit näher darzustellen, doch läge dies ausserhalb des Zweckes und der Aufgabe dieser Abhandlung, welche sich ja nur auf ein bestimmtes Moment im objectiven Thatbestande dieses Delicts bezieht.

Einleitend zu jener Streitfrage des gemeinen Rechts sei nur bemerkt, dass die Widersetzlichkeit — d. h. die auf Hemmung des Vollzugs der Gesetze und Befehle der öffentlichen Behörden gerichtete und durch Thätlichkeiten sich offenbarende Eigenmacht — als *ein besonderes Verbrechen* erst ein Begriff der modernen Criminallegislatur ist, doch ist in den gemeinrechtlichen Quellen, namentlich im römischen Recht *die Strafbarkeit der Widersetzung* gegen die Obrigkeit dadurch *anerkannt*, dass diese unter die Bestimmungen der *lex Julia de vi* gezogen wird, also eine Unterart des *crimen vis* bildet<sup>1)</sup>, während die freilich nicht

<sup>1)</sup> *Zachariae*, im Archiv d. Criminalr. 1843, S. 344–45; *Schwarze*, Comment. S. 312; v. *Jagemann*, im Archiv d. Criminalr. 1842, S. 594.



als ein vollständiger Strafcodex, vielmehr nach ihrer ausdrücklichen Bestimmung nur als Erläuterung und Ergänzung der „gemeinen Rechten“ anzusehende<sup>1)</sup> peinliche Gerichtsordnung Karl V. allerdings keine Erwähnung hievon macht.

Hiedurch wurde die Theorie des *crimen vis* auch für diese Species desselben massgebend; gleichwohl liess die Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts, vorzüglich die von der Autorität *Carpzov's* beeinflusste in Fällen der Vergewaltigung obrigkeitlicher Vollzugsorgane wie bei blosser Belcidigung solcher Personen nur eine Schärfung der gewöhnlichen Injurienstrafen eintreten<sup>2)</sup>. Dass jedoch. Widersetzlichkeit und Amtsehrenbelcidigung ganz verschiedenen Verbrechensgattungen angehören und letztere hier ganz ausser Berücksichtigung zu bleiben hat, bedarf wohl nicht besonderer Erwähnung.

Es ist nur eine aus dem Begriffe der Gewalt sich ergebende Forderung, dass, wenn sie schon in ihrer Anwendung gegen Private in hohem Grade die Rechtsordnung verletzt, sie sich da, wo sie nicht bloss die Rechtsordnung, wie diess durch jedes Delict geschieht, durchbricht, sondern geradezu sich deren Verwirklichung durch die zu ihrer Handhabung bestellten Organe entgegenstellt, zu einer von dem Character der sonstigen Gewaltthätigkeit wesentlich verschiedenen Verbrechen potenziren muss.<sup>3)</sup> Das Object ist es also, das in seiner Eigenschaft als solches die charakteristischen Merkmale und die Strafbarkeit des Delictes bezeichnet.

Gerade diess ist aber der eigentliche Streitpunkt unserer Controverse, die Frage nämlich, ob eine solche Gewalt gegenüber *jeder* obrigkeitlichen Handlung strafbar sei, oder ob nicht vielmehr den Executivorganen der Staatsgewalt eine ganz bestimmte, durch gewisse Voraussetzungen begränzte Qualität zukommen müsse, um den Thatbestand des Vergehens der Wider-

<sup>1)</sup> s. die „Vorrede des peinlichen Halsgerichts“ zur C.C.C. (*Zöpfl*, die P.-G.-O. 1842, S. 214) und ebendas. Art. 104 u. 105; vgl. hiezu *Abegg*, Lehrb. d. Strafr.-Wissensch. § 11 und 17; v. *Jagemann*, a. a. O. S. 594.

<sup>2)</sup> *Jarke*, Handb. d. Strafr. II. S. 207.

<sup>3)</sup> s. *Kitz*, im Archiv d. Criminalr. 1846, S. 412.



setzlichkeit herzustellen. Diess ist denn auch die Grundidee der beiden einander gegenüberstehenden Theorien, nämlich:

I. Unbedingte Strafbarkeit jeder Widersetzung gegen die obrigkeitliche Gewalt, Ausschliessung jedes Rechtes zum Widerstande resp. zur Nothwehr gegen dieselbe;

II. Strafflosigkeit des Widerstandes, resp. Zulässigkeit einer Nothwehr gegen die aus den gesetzlichen Schranken heraustretende Obrigkeit.

Zu einer Zeit, wo die Widersetzlichkeit im heutigen Sinne kaum in der Theorie, noch weniger aber im positiven Recht ein selbstständig abgegränztes und begrifflich für sich bestehendes Delict bildete, konnte natürlich die ganze Streitfrage für dieselbe speciell nicht auftauchen und bewegte sich, wo sie überhaupt hervortrat, wenn auch mit Einschluss ihrer criminellen Seite zumcist auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes; im Strafrechte finden sich nur da, wo gelegentlich der Behandlung des *crimen vis* jene unter dasselbe gezogenen Fälle der öffentlichen Gewaltthätigkeit erwähnt wurden, theilweise aber auch bei der Nothwehr kurze Bemerkungen über die Strafflosigkeit des Widerstandes gegen ungesetzliche Handlungen, Excesse etc., obrigkeitlicher Personen.

Die hohe Bedeutung einerseits, welche diese Frage, seitdem sie überhaupt einmal angeregt war, in der publicistischen Doctrin besass, und die bei den grossen Staatsumwälzungen zu Ende des vorigen Jahrhunderts, wo man sie eben practisch zu verwerthen suchte, immermehr zunahm, anderseits der Umstand, dass die namentlich seit jener Zeit auftauchenden Particularstrafgesetzbücher, voran das bayerische von 1813, anfangen, die Widersetzlichkeit als eigenes Vergehen zu behandeln, macht es erklärlich, dass von da ab der Streit über das Recht des Widerstandes gegen die Obrigkeit im Criminalrechte, und zwar speciell in der Lehre von der Widersetzung, vom Aufstand etc, gegen die Staatsgewalt, nicht mehr mit vorübergehenden Bemerkungen und Literaturnotizen abgethan werden konnte, mit denen bis dahin die gemeinrechtliche Doctrin sich begnügte. Dass trotzdem eine monographische Behandlung der Frage im Strafrechte noch Jahrzehnte auf sich warten liess, hatte wohl seinen Grund darin, dass die staatsrechtlichen Schriften der dreissiger Jahre



(von *Murhard*, *Strombeck* u. A.) über diesen Gegenstand bei seiner Identität in beiden Gebieten dessen speciell criminalrechtliche Betrachtung nicht weiter anzuregen vermochten. Erst v. *Jagemann's* Abhandlung im Archiv d. Criminalr. 1842, S. 593 ff. und 1843, S. 49 ff., rief *Zachariae's* Widerlegung (im Archiv 1843, S. 344 ff.) und drei Jahre später einen längern Aufsatz von *Kitz* (im Archiv 1846, S. 412 und 525 ff.) hervor. Kürzere aber doch selbstständige Behandlungen unserer Frage finden sich noch in *Goltdammer's* Archiv d. preuss. Strafr. V., S. 35 ff., und neuestens in der Zeitschr. für Rechtspflege im Herzogth. Braunschweig, Jahrg. XVIII., S. 5 ff.

Die übrige gemeinrechtliche Literatur einschliesslich der Commentare der Particularstrafgesetzbücher besteht lediglich in einer grossen Menge längerer oder kürzerer Bemerkungen und Ausführungen zur Lehre von der Nothwehr, der Widersetzlichkeit, dem Aufstand, Aufruhr, Ungehorsam etc., gegen die Staatsgewalt, welche, wenn sie auch mit einer gewissen Einstimmigkeit für das Recht der Nothwehr gegen Excesse und Ungesetzlichkeiten die obrigkeitliche Personen in ihrer Amtsthätigkeit sich zu Schulden kommen lassen, eintreten, doch bezüglich der Voraussetzungen, Bedingungen und Beschränkungen dieses Widerstandsrechts, der verschiedensten Meinung sind.

Ehe es jedoch möglich ist, über diese Ansichten der gemeinrechtlichen Litteratur einen — wenn auch nur gedrängten — Ueberblick zu bieten, muss versucht werden, die allerdings nur vereinzelter Vertreter der unbedingten Strafbarkeit des Widerstandes gegen die Staatsgewalt und deren scheinbare Begründung gerade vom Standpunkte des Criminalrechts aus, zu widerlegen.

Von nicht geringer Bedeutung waren in dieser Beziehung die von *Gönner* in seinem Handb. d. Proc. (2. Aufl. III. Bd. S. 376, § 14 und IV. Bd., S. 325, § 17) ausgesprochenen Grundsätze, welche namentlich dadurch, dass sie auch in die von ihm redigirten Anmerkungen zum bayerischen Strafgesetzbuche von 1813 übergingen, selbst practische Geltung behaupteten. Vor der Anwendung des Satzes, dass man sich zur Erhaltung des Besitzes auch dem Richter, der gewalthätig, einseitig und offenbar gegen die Gesetze verfährt, ungestraft widersetzen könne,



wird geradezu gewarnt, besonders wegen der für den Widerstand Leistenden dadurch entstehenden Gefahren, zudem sei dieser Satz „mit der Vernunft so wenig vereinbar, dass weise Gesetze des Staates ihn bald möglichst vertilgen sollten; — — — der Zweck des Staates, Sicherung der Rechte, könne im Fall einer Gefahr schlechterdings nicht bestehen, wenn die Handlungen der Staatsgewalt dem Privaturtheil des interessirten Theils unterworfen würden; — — — dem Ausspruch des Richters die Meinung der Partei als Gegengewicht an die Seite zu stellen, dem Unterthan die Macht zuzusprechen, sich der Vollziehung richterlicher Aussprüche zu widersetzen, liesse sich durch keinen Grundsatz des allgemeinen Staatsrechts rechtfertigen. Eine wichtige Garantie gegenüber dem Missbrauch der Amtsgewalt liege schon in der Verantwortlichkeit und Haftung des Beamten zu Schadensersatz und schwerer Strafe.“

Doch kann derselbe Autor nicht umhin, in den „Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuch von 1813 (III., Seite 52) — trotzdem er auch hier den Grundsatz an die Spitze stellt, dass selbst die Competenz der Obrigkeit oder die Rechtmässigkeit ihres Befehls bei der Widersetzung nicht in Betracht komme — zuzugestehen, dass man widerrechtlichen Befehlen oder den Befehlen einer incompetenten Behörde ungestraft den Gehorsam verweigern könne, ohne den Conflict zu bedenken, in welchen er hiedurch mit seiner eigenen Begründung geräth. „Aber die *thätliche Widersetzung* — meint Gönner — werde durch Incompetenz der anordnenden Obrigkeit oder durch Widerrechtlichkeit ihrer Anordnung nicht entschuldiget, weil hierüber kein Privater sich eine Kognition zueignen dürfe, vielmehr dafür mehrere Behörden im richtigen Instanzenverhältnisse sowohl für Justizsachen als andere Gegenstände angeordnet seien, bei welchen man gegen Beschwerden auf ordentlichem Wege Hülfe finde“. <sup>1)</sup>

Nicht minder bestimmt drückt sich *Luden*, (Abhandlungen aus dem Strafr. II. S. 494) aus: „Es kann von Nothwehr keine Rede sein gegen alle Massregeln der öffentlichen Gewalt, welchen der Angegriffene ohne Rücksicht darauf, ob sie rechtlich

<sup>1)</sup> s. unten S. 33,



begründet sind oder nicht, sich vorläufig zu unterwerfen verbunden ist. Denn wie durch solche Massregeln gar keine Verletzung seiner Rechte beabsichtigt wird, so ist auch für den Fall, dass sie nicht rechtlich begründet sind, die Nothwehr nicht das Mittel, die Verletzung von sich abzuwenden.“

Doch will *Luden* bei offenbar verbrecherischem Charakter der Handlungen der öffentlichen Gewalt eine Modification dieser Grundsätze eintreten lassen, muss aber dadurch der entgegengesetzten Ansicht eine, die consequente Durchführung der eigenen stark alterirende, Concession machen, welcher Nothwendigkeit auch der eifrigste Vertreter dieser Ansicht, v. Jagemann sich zu beugen gezwungen ist.<sup>1)</sup>

Dieser stützt (im Archiv f. Criminalr. 1842, S. 593 ff), wenn auch ausführlicher, als diess *Gönner* und *Luden* nur in kurzer Motivirung versuchen, seine Ansicht vorzugsweise auf politische Maximen, besonders auf das Princip vom „unbedingten Gehorsam“, indem er geradezu erklärt, dass es eine Nothwehr gegen einen Vollziehungsbeamten im gesetzlichen Sinne gar nicht gebe, ja selbst im denkbar schwersten Fall, wo ein Bürger sich im Nothstande befindet, also bei der Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens, sogar des Lebens die Strafbarkeit des Widerstandes beinahe aufgehoben sei, aber nie ganz verschwinden könne, und zwar all diess nur aus dem Grunde, weil es unter keinen Umständen unbedingt erlaubt sei, sich selbst und zwar mit Gewalt gegen den Staat Recht zu nehmen, vielmehr sei es die einzige mit einem practischen Staatsregiment vereinbare Idee, dass die Unterthanen entweder still gehorchen oder, wenn Zeit dazu übrig ist, die geordneten Rechtsmittel ergreifen.

Was zunächst *Gönner's* Ansicht, namentlich wie sie in den Anmerkungen z. bayr. St.-G.-B. v. 1813 ausgesprochen ist, anlangt, so findet dieselbe *Arnold* (im Archiv d. Criminalr. 1843 S. 396) „in dieser Allgemeinheit zu hart“ und will formellem Unrecht und unersetzlichem Schaden gegenüber das Recht der Nothwehr aufrecht erhalten wissen.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> s. hiezu unten S. 20—22.

<sup>2)</sup> s. unten S. 34.



Die Deductionen v. *Jagemann's* aber characterisirt *Zachariae* (im Archiv 1843 S. 362) treffend mit den Worten: „Nur eine Theorie vom absoluten Staate, von welchem alle Rechte der Bürger wie vom Leviathan verschlungen werden, kann den Unterthanen gegen diese sogen. öffentliche Gewalt als rechtlos hinstellen;“ — — — „es sei überhaupt nur ein politisches Raisonnement (heisst es a. a. O. S. 371 ff.), das die Vertheidiger der unbedingten Strafbarkeit des Widerstandes, ohne einen Rechtsgrund anzuführen, lieferten, indem sie geltend machen, dass dabei die Staatsordnung nicht bestehen könnte und die Wirksamkeit der öffentlichen Behörden neutralisirt würde.“

Wenn nun *Jagemann* aus dem den Unterthanen eingeräumten Rechte, die Competenz und Angemessenheit der gebrauchten Vollziehungsmittel zu prüfen und sich, sobald hierin ein Fehler zu finden wäre, in offene Opposition zu stellen, den Schluss ziehe, dass dann auch gestattet sein müsste, der höchsten Staatsgewalt, wenn sie nach dem Dafürhalten der Mehrheit etwas Ungerechtes unternähme, den Krieg zu erklären und Alles bis jetzt unter dem Begriffe des Hochverraths Verpönte ungestraft zu thun, und dass hiemit der Weg zur legalen Revolution angebahnt wäre, so sei doch der himmelweite Unterschied zwischen der gewaltsamen Vertheidigung Einzelner gegen einen rechtswidrigen Angriff und dem angeblichen Rechte eines Volkes zur Revolution vor Allem zu bedenken.

Und dieser Unterschied ist doch in der That anzunehmen, ganz abgesehen davon, dass ja diejenigen unter den sonst keineswegs so radicalen Publicisten, die das Widerstandsrecht des Volkes und des Einzelnen gegen die Regierung, sobald diese dessen unumstössliche Rechte verletzt, zugeben, dieses bis zur activen Auflehnung und selbst bis zur Revolution, so lange sie lediglich diesen Charakter der Volksnothwehr behauptet, verfechten.

Zudem — meint *Zachariae*<sup>1)</sup> ganz richtig — würde der Autorität der Gesetze und der öffentlichen Macht mit der Vertheidigung des stillen Gehorsams und der Unzulässigkeit der Noth-

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 372.



wehr gegen obrigkeitliche Acte nicht der beste Dienst erwiesen. Denn es sei tief in der menschlichen Natur begründet, dass sich das sittliche Gefühl gegen jede ungerechte Anforderung empört <sup>1)</sup>, und dass derjenige, welcher darunter leidet, als ein Opfer der Gewalt und nicht des Gesetzes betrachtet wird, wenn das allgemeine Urtheil den Spruch fällen muss, dass man ihn wie einen Recht- und Friedlosen behandelt habe, sollte man auch noch so bündig zu deduziren verstehen, dass dies nur in Folge eines zum eigenen Besten der Unterthanen aufgestellten Grundsatzes geschehen sei.

Ganz ohne Consequenz, — bemerkt *Henke*, (Handb. d. Strafr. III. S. 203) — sei es aber, einem durch die Verfügung einer incompetenten Behörde Verletzten das Recht der Verweigerung des Gehorsams, also des passiven Widerstandes zuzugestehen, dagegen das Recht des thätigen Widerstandes für unstatthaft zu erklären, wie diess gerade *Gönner* trotz seiner im Handb. d. Proc. streng ausgesprochenen Ansicht in den Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuch von 1813 <sup>2)</sup> wirklich thut, denn natürlich würde sich eine Obrigkeit bei dem Ungehorsam desjenigen, dem sie eine Auflage gemacht habe, nicht beruhigen, sondern denselben durch die geeigneten Zwangsmittel zu beugen bemüht sein; solle nun aber diesen Executionsmitteln ein thätiger Widerstand nicht entgegengesetzt werden dürfen, so sei das Recht, den Gehorsam zu verweigern, nur ein leeres Wort. Auch bewaise der Grund, den die Anmerkungen z. bayer. St.-G.-B. für die Unstatthaftigkeit des thätigen Widerstandes anführen, zuviel, denn wenn die Möglichkeit von den Staatsbehörden Abhülfe der begründeten Beschwerden zu erlangen, diese Unstatthaftigkeit begründen soll, so sei nicht einzusehen, wie auch nur das Recht, den Gehorsam zu verweigern, eingeräumt werden könne.

Muss man hierin schon mit *Henke* völlig übereinstimmen, so drängt sich dem gegenüber noch die Frage auf, ob denn nicht gerade das von *Gönner* so sehr perhorrescirte Gegengewicht der Meinung der Partei gegenüber dem richterlichen Aus-

<sup>1)</sup> s. unten § 8, a. Anf.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezv oben S. 14 und unten S. 33.



spruch ebensogut schon in der blossen Gehorsamsverweigerung liege, und nicht schon hierin jene vermeintlich angemassete Selbstbeurtheilung einer nur dem Bereiche der staatlichen Entscheidung zugehörenden Sache enthalten sei?

Diese gewaltsame Selbstentscheidung des Verfolgten über den betreffenden Akt der Staatsgewalt wird von den Vertretern der ersten Ansicht geradezu als ein Widersinn, eine Anomalie gegen alle Rechts- und Staatsordnung erklärt, die selbst der Freisinnigste nicht gut heissen könne. Hiebei muss man sich aber vor Allem vergegenwärtigen, ob nicht bereits in jeder Selbstvertheidigung gegen widerrechtliche Angriffe, woher sie auch kommen, eine solche Selbstentscheidung liege. Ebendesshalb kann der Staat gerechter Weise niemals dem Unterthan zumuthen, selbst dem öffentlichen Diener gegenüber auf diese, wenn auch nur vorläufige Selbstentscheidung zu verzichten<sup>1)</sup>, wenn einmal die Autorität des Staats durch die rechtswidrige Handlungsweise ihres Organs selbst aufgehoben ist, also in ihrem falschen Repräsentanten dazusein aufhört, und die Abwehr des von demselben zugefügten Unrechts fernerhin nur noch unter die Grundsätze der Nothwehr fällt<sup>1)</sup>

Und gerade wenn wir den *vorläufigen* Charakter der Selbstentscheidung näher betrachten, wird überhaupt fraglich, ob diese eigentlich als eine solche anzusehen sei, ob sie nicht vielmehr der Hauptsache nach dem Richter der That selbst implicate mitzufalle (denn eine gerichtliche Untersuchung resp. Verhandlung wird selbst eine berechtigte Widersetzung ebensogut wie ein Fall gewöhnlicher Nothwehr zur Folge haben), der allein die Frage nach der Rechtmässigkeit der obrigkeitlichen Handlung, welche das Object der Widersetzung war, endgültig zu entscheiden hat; und diese Entscheidung ist erst die wirkliche rechtsbeständige, während die Meinung des von der obrigkeitlichen Handlung Betroffenen über dieselbe in dem Augenblicke, wo er sich widersetzt, *als solche* — weil jenes definitiven Charakters entbehrend — gar nicht in Betracht kommen kann.

<sup>1)</sup> Zachariae, a. a. O. S. 373—74.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Kitz, im Archiv d. Crim.-R. 1846, S. 536; s. auch unten § 8.



Was ferner die für die bekämpfte Ansicht so sehr in Anspruch genommene *Vermuthung der Legalität* obrigkeitlicher Befehle betrifft, so ist *Zachariae* (a. a. O. S. 374) der Ansicht, dass doch die hierauf begründete Inanspruchnahme des Gehorsams für dieselbe und Ausschluss jeder Opposition des Unterthans gegen sie unmöglich so weit gehen könne, ein Schild für das wirkliche Unrecht und die offenbare Gesetzesverletzung zu werden, da sie *nur da*, wo die Gesetzmässigkeit schwankend und zweifelhaft sei, ihre Wirkung zu äussern vermöge.

Unter keinen Umständen könne der Staat die bürgerliche Freiheit soweit beschränken wollen, dass er sie zu zwingen suchte, dieser Vermuthung zu Liebe auf das natürliche Recht der Selbstvertheidigung gegen einen widerrechtlichen, die Integrität des Staatsbürgers unmittelbar bedrohenden Angriff zu verzichten und könne ohne argen Widerspruch nicht verordnen, dass die Abwehr eines Verbrechens wieder ein Verbrechen sei <sup>1)</sup>.

*Levita* (Recht d. Nothwehr S. 192) spricht es geradezu aus, dass mit der Ausschliessung der Nothwehr gegen wirklich widerrechtliche Angriffe der Obrigkeit das Leben, die Freiheit, das Eigenthum des Bürgers demjenigen geopfert würde, dessen mit öffentlicher Autorität ausgerüsteter Willkür es beliebe, diese Güter in Frage zu stellen!

Endlich muss hier noch eine allerdings vom Begriffe der Nothwehr ausgehende, aber in der Ausführung sich immerhin auf rein politische Grundsätze stützende Argumentation Erwähnung finden.

Es wird nämlich von *Jagemann* (im Archiv, 1842, S. 519, Anm. 20) behauptet, dass die Nothwehr ausdrücklich in den Quellen als ein Handeln in Privatverhältnissen characterisirt sei, wesshalb der Staat doch unmöglich dergleichen Exemptionen, welche er für dringende Momente, wo seine Behörden nicht gleich anwesend seien, statuiren, in gewissen Fällen auch gegen sich selbst gelten lassen könne, da er dadurch seine Obergewalt geradezu aufgeben würde.

Aber liesse denn der Staat angenommenen Falls eine solche Exemption in der That gegen sich oder nur gegen jene zu,

<sup>1)</sup> Vgl. unten § 8, ggn. E.



welche die ihnen von ihm verliehene Autorität missbrauchen und ihre rechtliche Basis verlassend Ueberschreitungen und offenes Unrecht sich zu Schulden kommen lassen? Bestehen die Voraussetzungen erlaubter Selbstvertheidigung gegen einen gegenwärtigen Angriff hier nicht ebensogut wie bei jedem einfachen Falle der Nothwehr?

Endlich bezeichnet eine solche Begründung des Nothwehrrechtes ein Verkennen ihres Princip's überhaupt, indem man sie als ein Ausnahmsrecht des Einzelnen, da wo er nicht gleich Staatshülfe und Schutz erlangen kann, statuirt und so das höchste und unveräusserlichste Recht des Individuums, sich gegen Unrecht und Gewalt zu vertheidigen, zu einer als Gnadengeschenk vom Staate gewährten Exemption herabdrückt, statt diese aus Natur und Recht des Menschen unverilgbare Befugniß der Selbstvertheidigung zur Hauptgrundlage des Nothwehrrechtes zu machen<sup>1)</sup>.

Auf die weitere Aeusserung v. Jagemann's (a. a. O. S. 602) mit der Zulassung der Vergreifung an dem Vollzieher obrigkeitlicher Befehle auch nur als Ausnahme öffne man diesem Verbrechen Thür und Thor, und dadurch, dass man dem Publikum die Prüfung der Frage über die Competenz der öffentlichen Diener im einzelnen Falle überlasse, werde das Gesetz geradezu illusorisch, und man solle nur denken, welcher schlimmen Eindruck der Ausgang eines Processes wegen einer stadtkundigen Widersetzlichkeit mache, wodurch der Richter wegen Mangels des Requisites der Zuständigkeit den Thatbestand als nicht hergestellt erkennen müsse — darauf ist wahrlich angesichts des Begriffes von Recht und Unrecht und von Rechtspflege überhaupt nichts weiter zu erwidern, zumal es ohnehin keine juristischen Gründe mehr sind, mit denen der Autor zu Felde zieht.

Zuletzt können aber die Vertreter jener unhaltbaren Ansicht nicht umhin, nach ihrer ganzen Begründung und Deduction zuzugeben (s. v. Jagemann a. a. O. S. 599, Anm. 18, und S. 602, Anm. 24) dass, wenn der Agent des Staates, welcher mit dem

<sup>1)</sup> s. *Levita*, Recht d. Nothw. S. 195. *Zachariae*, im Archiv, 1843. S. 362 Anm. 25; *Geib*, Lehrb. d. Strafr. II. S. 233, *Berner*, Strafr. § 86; *ders.* im Archiv, 1848, S. 568.



Einzelnen in Conflict gerathe, eine andere Absicht habe, als die den Willen des Gesetzes oder einen Auftrag seiner Obern zu vollziehen, und sobald er in Leidenschaft übergehe und seine Privatabsichten durchsetzen wolle, er ausser dem Schutz des Gesetzes stehe und in seine Gränzen zurückgewiesen werden dürfe; auch solle ein solcher Dienstexcess als Strafmilderungsgrund dem Angegriffenen zu Statten kommen.

Endlich dürfe nur in dem Falle, wenn der öffentliche Diener böslicher Weise und gegen besseres Wissen gehandelt hätte, das Subject, das sich widersetzt hat, mit Strafe verschont bleiben, aber nur aus dem Grunde, weil es hier am Thatbestande eines Verbrechens selbst nach der weitesten Ausdehnung mangle.

Auch *Luden* (Abhandlgn. a. dem Strafr. II. Bd. S. 494) muss, nachdem er sich zuerst gegen die Zulässigkeit der Nothwehr gegen obrigkeitliche Akte ohne Rücksicht auf die rechtliche Begründetheit letzterer erklärt hat, schliesslich die Concession machen, dass, wenn die Diener der öffentlichen Gewalt ihre Befugnisse überschritten und eine Gewalt anwendeten, welche den Character des Verbrecherischen offenbar an sich trüge, Nothwehr dagegen würde angewendet werden können.

Ist es schon schwer genug, wenn man einmal die Zulässigkeit einer Nothwehr gegen die Staatsgewalt principiell angenommen, die Grenzen und Voraussetzungen innerhalb derselben genau festzustellen, so wächst diese Schwierigkeit in bedenklichster Weise, wenn diese Grenze erst *zwischen* der Zulässigkeit und Unzulässigkeit derselben gezogen werden muss und sich so an der Schwelle zwischen beiden einander *schroff* gegenüberstehenden Principien doch noch die Erlaubtheit eines Widerstandes erhebt. Ueberdiess wird durch das blosse Zugeständniss einer solchen Möglichkeit der Zurückweisung eines obrigkeitlichen Angriffs das Axiom der Vertreter der ersten Ansicht von der Unzulässigkeit jedes Widerstandes so sehr durchbrochen, dass es in der That, nachdem sie selbst bis zu dieser Einräumung gekommen, problematisch erscheint, dasselbe noch in dieser Allgemeinheit aufrecht zu erhalten.

Wenn übrigens v. *Jagemann* — wie oben erwähnt — die Zurückweisung eines ausserhalb des gesetzlichen Schutzes stehenden, böslicher Weise und gegen besseres Wissen handelnden



Agenten der Staatsgewalt als straflos zulässt, eventuell einen solchen Dienstexcess wenigstens als Strafmilderungsgrund behandelt wissen will, so stehen zwar diese beiden Sätze unter einander in logischem Verhältnisse, führen aber ihren Autor in ein arges Dilemma, wenn er, im anderen Falle, abgesehen von einem wirklichen Dienstexcess die ohne jeden rechtlichen Grund handelnde, also der gesetzlichen und kompetenzmässigen Grundlage entbehrende Obrigkeit immer noch als Object einer Widersetzung und diese auch als strafbar, eine solche Qualität des Objects aber als Strafmilderungsgrund gelten lassen will (s. a. a. O. S. 599, wo die Ansicht ausgesprochen ist, dass in den denkbar schwersten Fällen die Strafbarkeit des Widerstands *beinahe* aufgehoben sein, aber *nie ganz verschwinden könne*).

Denn wenn v. Jagemann bei Annahme eines Dienstexcesses die criminalistische Grundmaxime, dass Alles, was nach richtigen Grundsätzen als Strafmilderungsgrund gelten müsse, stets auch, wenn es in höchster Potenz wirksam ist, einen Strafaufhebungsgrund bildet, mit Recht bei diesem Theile seiner Theorie zur Geltung gelangen lässt, müsste er diess nothwendig auch bei dem erwähnten andern Punkte, auf welchen er sogar das Hauptgewicht legt, thun, wenn er sich nicht einerseits diesem grossen Widerspruche in sich selbst aussetzen, anderseits den oben erwähnten Grundsatz gegen sich gelten lassen will, dessen umgekehrte Fassung nothwendig auch den von ihm behaupteten Milderungsgrund ausschliessen muss.

Den Schluss der Widerlegung dieser offenbar unrichtigen Ansicht mögen die vorrefflichen Bemerkungen Hufnagel's (Commentar z. württ. St.-G.-B. III. Bd. [Neue Präjudicien etc.] S. 228 bis 229) über v. Jagemann's Ansicht bilden, welche jener zunächst mit dem württembergischen Strafrechte für unvereinbar erklärt. Ueberdies meint Hufnagel, „scheint sich das eigene Rechtsgefühl des Verfassers gegen solche Sätze zu sträuben; wenn er sie im Texte aufgestellt hat, mildert er sie wieder in den Noten. . . . Nur gegen den bösen Willen, nicht gegen die gröbste Fahrlässigkeit und gegen die krasseste Unwissenheit will er ein Recht des Widerstandes zugestehen. Wie kommen wir aber gegen die allgemeinsten Rechtsgrundsätze dazu, Beides dem Vollzieher der Gesetze nachzusehen, der sie am vollkommensten



kennen und in ihrer Vollziehung den höchsten Fleiss anwenden soll? Der Verf. verwechselt hier offenbar die Fragen, ob der Beamte wegen Unrechts, das er aus grober Fahrlässigkeit und Gesetzes-Unkunde zufügt, *criminell* bestraft werden? und: ob der Staatsbürger sich gegen solches Unrecht leidend verhalten soll? Ganz gewiss wird die Würde der Staatsgewalt mehr aufrecht erhalten, wenn man annimmt, dass sie in einem solchen Augenblick den höchst nachlässigen, unwissenden Diener, den sie irrthümlich als einen sorgfältigen und verständigen angenommen, desavouire, dass sie ihn in einem solchen Acte gar nicht als ihren Agenten betrachte, als wenn man annimmt, sie wolle ihn auch jetzt noch als ihr Organ respectirt wissen. Allerdings ist es für den Beamten schwerer zu functioniren, wenn der Bürger seinem Unrechte Widerstand entgegensetzen darf, allein das ist die natürliche Folge grösserer bürgerlicher Freiheit.“ —

Um die Unhaltbarkeit der das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt bekämpfenden Ansicht darzuthun, mag Vorstehendes genügen, eine Ausführung und Ergänzung der in obiger Polemik enthaltenen Principien kann nur im Anschluss an die eigentliche Begründung der Theorie des Widerstandsrechtes<sup>1)</sup> gegeben werden.

#### § 4.

##### C. Die herrschende Ansicht der gemeinrechtlichen Doctrin.

Wie oben erwähnt, wird der hier vertretene Standpunkt von der überwiegenden Majorität der gemeinrechtlichen Doctrin getheilt, wenn auch die Grenzen des Nothwehrrechtes gegen unrechtmässige Akte der Obrigkeit bald weiter bald enger gezogen werden, und bezüglich der Grundlagen und Bedingungen desselben eine grosse Verschiedenheit sich kundgibt. Volle Uebereinstimmung herrscht jedoch bezüglich der Anerkennung eines Nothwehrrechtes gegen wirklich verbrecherische Excesse der Beamten, was ja selbst die Vertreter der gegentheiligen Ansicht

<sup>1)</sup> s. unten § 8.



(v. Jagemann, *Luden*)<sup>1)</sup> zugestehen müssen. Manche wollen diess Recht der Nothwehr überhaupt nur auf die Fälle beschränkt wissen, wo die obrigkeitlichen Personen die Grenzen ihrer Befugnisse durch ein eigenes Verbrechen überschreiten oder Jemand zu einem Verbrechen nöthigen wollen, so namentlich *Grattenauer* (Ueber die Nothwehr, S. 75).

Jedoch erklärt die ansehnlichste Zahl von Criminalisten der gemeinrechtlichen Doctrin auch den Widerstand gegen unrechtmässige Handlungen und offenbare Ueberschreitungen seitens der obrigkeitlichen Gewalt für straflos, ohne aber die subjectiven Willensthätigkeit (*dolus* und *culpa*) auf Seite des Beamten oder die Bedrohung des Widerstand Leistenden mit unersetzlichem Nachtheil weiter zu berücksichtigen, wie diess wiederum von Manchen geschieht. Ein Unterschied hiebei ist nur insofern bemerkbar, als Einige diess Widerstandsrecht lediglich auf die Bedingungen und Voraussetzungen der Nothwehr zurückgeführt und basirt wissen wollen, Andere hingegen die Beziehung, in welche sie diess Recht zur eigentlichen Nothwehr stellen, nicht berühren, und sich damit begnügen, Widerstand nur gegen die innerhalb ihrer gesetzlichen Gränzen thätige Obrigkeit für strafbar zu erklären.<sup>2)</sup>

I. Die erstere Gruppe, welche die *Nothwehr als Grundlage und Grenze* annimmt, zählt schon namhafte *ältere* Theoretiker<sup>3)</sup> zu den Ihren: So bemerkt *Leyser* (Med. ad Pand. 1773, Sp. DXC, No. XII—XIII), zu dem von ihm aufgestellten Princip: „*Magistratui, vim injustam inferenti, vis et arma recte opponuntur. Sed hoc non aliter, quam si aperta judicis injustitia est,*“ in der sich hieran schliessenden Ausführung: „*Scilicet si aperta est injustitia, si judex innocentem contra omne jus et fas oppressurus, grassatur, si solitum judiciorum ordinem penitus pervertit, omnia in eum licebunt,*“ und Sp. DXL, No. II heisst es: „*Non peccant, qui pro se vel innocente adversus vim injustam tuendo*

<sup>1)</sup> s. oben S. 20—22.

<sup>2)</sup> Ueber das Verhältniss der Nothwehr zum Widerstandsrechte gegen die Staatsgewalt vgl. unten § 11.

<sup>3)</sup> Ueber die eng an die gemeinrechtlichen Quellen sich anschliessenden Aussprüche der Glossatoren und italienischen Juristen s. unten S. 30.



turbam concitant vel congregantur“. *J. S. F. Böhmer* sagt in seinen *Med. ad C. C. C.*, 1774, Art. 144 § III: „Quo colore enim justificari poterit impetus heri vel judicis, qui servum vel subditum . . . odio privato aggreditur? Nonne his similibusque casibus domino aequalis est, et sic, salvo nexu se exonerare periculo potest?“<sup>1)</sup> Ebenso erklärt *Koch* (*Institutiones jur. crimin.* 1770, § 609) den Widerstand, „quae magistratui ministrisve ejus, vim injustam inferentibus, opponitur“, wie *Jac. Fried. Meister* (*Princ. jur. crimin. Germ. com.* 1802, § 324 „ex principiis de defensione necessaria“) für straflos.

Auch die *jüngere* Literatur (seit Anfang dieses Jahrhunderts) ist reich an nicht weniger entschiedenen Zeugnissen für das Nothwehrrecht gegen Gewaltacte der Obrigkeit. Hervorzuheben sind: *Grolman* (*Criminalrecht* § 358 a. E.), *Grävell* (im neuen *Archiv d. Criminalr.* III, S. 283), *Tittmann* (*Handb. d. Strafr.-Wissensch.* 2. Aufl. II, § 260), *Wächter*, (*Lehrb. d. Strafr.* II, § 149, sowie in *Weiske's Rechtslex.* Bd. I, S. 467), *Abegg* (*Lehrb. d. Strafr.-Wissensch.* § 471), *Mittermaier* (14. Ausg. von *Feuerbach's* *peinl. Recht* § 201 n. XIII), *Heffter* (*Strafr.*, 6. Aufl. S. 43 No. 5); eine vortreffliche Uebersicht der verschiedenen Ansichten s. *Geib* (*Lehrb. d. Strafr.* II, S. 228).

Ausführlicher verbreiten sich über diese Frage: *Seeger*, (*Abhandlungen a. d. Strafr.* S. 307 ff. — gestattet Nothwehr unter ihren sonstigen Voraussetzungen gegen alle diejenigen von Beamten oder Dienern der Obrigkeit ausgehenden thätlichen Massregeln, welchen es an einem wesentlichen Erfordernisse ihrer Zulässigkeit fehlt), *Köstlin* (*Neue Revision der Grundbegr. d. Criminalr.* S. 722 ff., ebenso auch *System d. Strafr.* I, S. 85), desgleichen *Levita* (*Recht der Nothwehr*, S. 192 ff.). — Diese räumen ein Widerstandsrecht überall ein, „wo eine unzuständige Obrigkeit in Handlung ist oder eine zuständige Obrigkeit eine materiell gesetzwidrige Anordnung durchsetzen will“ — ebenso *Berner* (im *Archiv d. Criminalr.* 1848, S. 558, auch *Lehrb. d. Strafr.* § 211, S. 530, 5. Aufl.), welcher sich für die Nothwehr gegen die über das gesetzliche Mass hinausgehenden Beamten erklärt und darthut, dass obrigkeitliche Befehle, „welchen die

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu ebendas. Art. 142, § II, No. VII.



gesetzliche Form augenscheinlich fehlt, oder deren Inhalt augenscheinlich rechtswidrig ist“, nach den gemeinrechtlichen Quellen allerdings für unverbindlich gelten und Widerstand dagegen erlaubt ist.

Denselben Standpunkt theilt die neueste Literatur, welche jedoch erst unten § 10 zusammenhängend mit dem neuen Reichsstrafrechte behandelt werden kann.

II. Hierher gehören auch diejenigen, welche nicht nur die Bedingungen der Nothwehr als wesentlich für das Widerstandsrecht erklären, sondern noch eine Bedrohung des Widerstand Leistenden mit einer *Gefahr für Leib und Leben* oder wenigstens mit einem *unersetzlichen Nachtheil*<sup>1)</sup> verlangen, so *Zachariae* (im Archiv d. Criminalr. 1843, S. 375), *Arnold* (ebendas. S. 399), *Jarke* (Handb. d. Strafr. I, S. 146, II, S. 209), *Tittmann* (Handb. d. Strafr.-Wissensch. 2. Aufl. II. § 260).

Von den Aelteren verlangt namentlich *Leyser* (Med. ad Pand. Sp. DXC, No. XIV—XV) in zweifelhaften oder weniger eclatanten Fällen zur Begründung eines Widerstandsrechtes die Bedrohung mit einem unersetzlichen Nachtheil, und *Quistorp*, (Grunds. d. peincl. Rechts, 4. Aufl. I, § 240): „dass die Letzteren (die Vorgesetzten) auf keine zu entschuldigende Weise verführen und jene (die Unterthanen) besonders Lebensgefahren blosstellten.“

III. Noch einen Schritt weiter geht *Zachariae* (im Archiv 1843, S. 375), wenn er „eine nicht bloß objectiv, sondern auch *subjectiv vorliegende Widerrechtlichkeit*“ als wesentliches Erforderniss aufstellt, mithin die Fälle möglicher Strafflosigkeit des Widerstands nur auf ein doloses oder culposes Handeln des Beamten beschränkt wissen will; im Punkte der Zulässigkeit einer Nothwehr gegen offenbar dolose Handlungsweise des Beamten stimmt *Zachariae* selbst mit *v. Jagemann*<sup>2)</sup> überein. Auch *Kitz* (im Archiv 1846, S. 557) gelangt trotz seiner von den Uebrigen etwas verschiedenen Behandlung der Frage schliesslich zu dem Satze: „dass gegen jede gesetzwidrige Massregel der öffentlichen Gewalt die Widersetzung zulässig sei, welche einen dolus oder eine criminelle

<sup>1)</sup> s. hierüber § 9 a. E.

<sup>2)</sup> s. oben S. 20—22.



culpa des Beamten zu ihrer Quelle habe, von welcher objectiven Beschaffenheit sie auch sonst sein möge.<sup>1)</sup>“

IV. Der andere Versuch, die Strafbarkeit des Widerstandes gegen die Staatsgewalt zu begrenzen, besteht, wie gesagt, darin, dass lediglich von derselben bei ihren Functionen eine *bestimmte rechtliche Qualität* vorausgesetzt wird; so verlangt *Martin* (Lehrb. d. Criminalr. § 239, 2. Ausg.) „formelle Rechtmässigkeit“ und *Rosshirt* (Geschichte und System des Strafr. II. § 21) will bei der Strafbarkeit von Widersetzung und Aufruhr „alle Missbräuche der Staatsgewalt gegen ihre Unterthanen ausgeschlossen haben“, während ältere, wie *Carpzov* (Responsa jur. elect. 1642, lib. I, Resp II No. 8—10), *J. S. F. Böhmer* (Obs. sel. ad *Carpzov*. Obs. II ad Qu. 28 und Obs. III ad Qu. 35), *Struben* (Rechtl. Bedenken IV, No. 146), *Danz* (Grunds. d. gem. ordentl. Civilprocesses, § 3), unumwunden erklären, dass man dem Richter, der einseitig, gewaltthätig und offenbar gegen die Gesetze verfährt und Jemand eigenmächtig aus der Possession des Seinigen setzt, ungestraft Widerstand leisten dürfe. Auch *Mynsinger* (Singul. Observ. Judic. Camer. Centuriae V, 1576, Cent. V, Obs. XVIII) vertritt schon diese Ansicht und constatirt, dass die damalige Praxis des Reichskammergerichts sich stets hiefür ausgesprochen habe, und zwar ohne Unterschied „sive gravamen esset reparabile sive non“, (einen unersetzlichen Schaden fordert dieser Autor nur dann, wenn der Richter offenes Unrecht zufügt, „servato juris ordine“).

V. Einen hievon verschiedenen Standpunkt nehmen endlich diejenigen ein, welche wie *Henke* (Handb. d. Strafr. III S. 203) anerkennen, dass in der Doctrin von jeher die offenbare Incompetenz der Obrigkeit sowie die offenbare Gesetzwidrigkeit der von einer competenten Behörde ausgegangenen Verfügung wenigstens als ein *Strafmilderungsgrund* angesehen werde, (dagegen verweist *Henke* alle Fragen über Competenz, Recht und Gesetzmässigkeit sowie über positiven (thätigen) und negativen (passiven) Widerstand geradezu in die „Philosophie des Staatsrechts“). Auch ein Theil derjenigen, welche ein Nothwehrrecht gegen Gewalthandlungen der Regierung in den gröbsten Fällen aner-

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu unten § 12.



kennen, will, von solchen Fällen abgesehen, bei ungerechten Handlungen der Obrigkeit wenigstens eine Milderung der Strafe des dagegen geleisteten Widerstandes eintreten lassen, so *Grolmann* (Criminalr. § 358 a. E.), *Tittmann* (Handb. d. Strafr.-Wissensch. 2. Aufl. II. § 260), und von der älteren Doctrin namentlich *Leyser* (Med. ad Pand. Sp. DXC, No. XV), *J. S. F. Böhmer* (Med. ad C. C. C. Art. 127, § III), *Koch* (Inst. jur. crimin. § 608), *Meister* (Princ. jur. crimin. II. § 324).

Diess in Kurzem der Standpunkt der gemeinrechtlichen Doctrin bezüglich dieser Frage. Die auf Grund der einzelnen Particular-Strafgesetzbücher erwachsene Literatur, welche natürlich auch auf die Fortentwicklung der gemeinrechtlichen Lehre nicht ohne Einfluss geblieben, folgt unten im Anschluss an die Uebersicht über jene Codificationen.



## II.

### Die Bestimmungen des älteren positiven Rechts.

#### § 5.

##### A. Gemeines Recht.

Der von uns vertretenen Ansicht stehen auch die Bestimmungen des positiven Rechts zur Seite<sup>1)</sup>. Die römischen Juristen vor Allem sprechen sich unbedingt für dieselbe aus.

Es würde zu weit führen, die Widerlegung der von *Jagemann* für seine Ansicht citirten Stellen hier zu geben und kann genügen, hierüber auf *Zachariae* (Archiv, 1843 S. 362 ff.) zu verweisen; nur einige die hier festgehaltene Ansicht recht prägnant bestätigende und das Recht der Unterthanen zum directen Widerstand gegen Ungesetzlichkeiten von Beamten rückhaltslos anerkennende Stellen sollen hier Platz finden.

Den Handlungen eines unzuständigen Richters gegenüber, welche das römische Recht für nichtig und unverbindlich erklärt (l. 1, 2, 4 Cod. si a non comp. jud. (7. 48), l. 170 D. de R. J.) nimmt *Berner* (Strafr. 5. Aufl. S. 530 Anm. 2) einfach das „*Vim vi repellere licet*“ in Anspruch, und die l. 20 D. de jurid. (2. 1) — welche ausdrücklich sagt, man könne demjenigen, der ausserhalb seines Sprengels Recht spricht, ungestraft den Gehorsam verweigern („*impune non paretur*“) — auch auf den der Gewalt entgegengesetzten activen Widerstand zu beziehen, hält *Zachariae* (a. a. O. S. 364) für keine gewagte Extensiv-Interpretation (vgl. hiezu über einige spätere Beschränkungen dieser

<sup>1)</sup> Hinsichtlich des Staatsrechts vgl. oben S. 4 bis 5.



römischen Bestimmungen durch die Ausbildung der Lehre von der Nichtigkeitsklage: *Seeger*, Abhandlgn. S. 312—13).

In einer ganz unzweifelhaften Weise spricht sich aber l. 5. Cod. de jure fisci (10. 1.) für unsere Ansicht aus:

„— — Sancimus licere universis, quorum interest, objicere manus his, qui ad capienda bona alicujus venerint, quae succubuerint legibus, ut, etiam si officiales ausi fuerint a tenore datae legis desistere, *ipsis privatis resistantibus* a facienda injuria accendantur.“

Diese Stelle, welche das Verbot enthält, Jemandes Vermögen, das dem Fiscus verfallen ist, ohne ausdrückliche kaiserliche Autorisation einzuziehen, sagt ausdrücklich, dass selbst, wenn die Beamten sich unterstehen sollten, von dem Inhalt dieses Gesetzes abzuweichen, sie *durch den Widerstand der Privatleute* von Begehung einer Ungerechtigkeit abgehalten werden dürfen.

Ebenso räumt l. 4 § 7 Cod. de discussor. (10. 30) den Städtern das Recht ein, sich den Ungerechtigkeiten der Discussoren zu widersetzen („*licentiam habent cives vim, quae inde sequatur, repellendi*“), wie auch l. 5 Cod. de metat. (12. 41), l. 5 Cod. de executor. et exactor. (12. 61) und Nov. 124 cap. 3 den Widerstand gegen Ausschreitungen der Obrigkeit geradezu gestatten <sup>1)</sup>.

Hiefür spricht sich auch das canonische Recht, das (wie *Berner a. a. O.* meint) „gewiss dem strafbaren Widerstande gegen die Obrigkeit keinen Vorschub leisten will“ unbedingt aus (c. 5 X. de R. J., c. 7 X. de restit. spol., c. 26 de R. J. in 6to, c. 6 de sent. excomm. in 6to).

Hiemit übereinstimmend wird auch von den Glossatoren und ihrer Schule, sowie von den italienischen Juristen der späteren Jahrhunderte (namentlich *Julius Clarus*, *Farinacius*) ein Recht des Widerstandes gegen gesetzwidrige Acte der Obrigkeit anerkannt <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu noch *Danz*, Grunds. d. gem. ordentl. bürgerl. Proc. § 3.

<sup>2)</sup> Eine Zusammenstellung verschiedener Aussprüche der Glossatoren und Italiener s. *Chauveau et Hélie*, Code pénal (Paris 1837), IV. S. 316 und *Seeger*, Abhandlgn., S. 400—401; besonders energisch äussert sich *Jul. Clarus* recept. sentent. op. omn. 1595, lib. V., § Homicidium, No. 29.



Was nun das alte deutsche Recht betrifft, so ist das germanische Rechtsprincip, dessen Anwendung schon der Sachsenspiegel (III, 78, § 2) ausspricht, bereits oben<sup>1)</sup> angeführt. Es entspricht aber auch dem Grundcharacter der deutschen Rechtsansicht, dass kein Verhältniss der Treue und des Gehorsams die natürlichen Rechte des Individuums aufheben könne. Lediglich diesem Princip zufolge erkennt es ebenfalls der Sachsenspiegel (a. a. O. § 6) nicht für Treubruch „wundet ok en man sinen herren oder sleit he ine dot an notwere.“<sup>2)</sup>

Die C.C.C. stellt, wie Eingangs<sup>3)</sup> erwähnt, einen besonderen Begriff des Verbrechens der Widersetzlichkeit nicht auf; aber in Art. 142, der vom Anklagebeweis bei der Nothwehr handelt, wird unter den Fällen, wo die Einrede der Nothwehr ausgeschlossen wird („wann der entleibt het fürgewendter bekentlicher anfechtigung oder benötigung, *rechtmessig vrsach* gehabt“), auch der Eventualität gedacht, „oder dem entleibten hett gebürt den verklagten todtschläger, von ampts wegen zu fahen, vnnd die notturfft erfordert jn mit waffen solcher gefengknuss halb zu bedrohen, zwingen vnd nöttigen, dass er also *inn recht zulässiger weiss* gethon hett.“

Wenn also einerseits gegen einen „von Amtswegen“ und „in recht zulässiger weiss“ unternommenen Angriff keine Nothwehr erlaubt sein soll, so muss doch anderseits gegen Handlungen eines Beamten, welchen wegen ihrer Widerrechtlichkeit obige Eigenschaften nicht zukommen, ein Recht der Nothwehr wohl begründet sein und auch hier das allgemeine Princip über gerechte Selbstvertheidigung Platz greifen<sup>4)</sup>.

Ueber den Standpunkt der das positive Recht in den folgenden Jahrhunderten weiter bildenden gemeinrechtlichen Theorie und Praxis s. oben S. 23 ff.

<sup>1)</sup> s. oben S. 5.

<sup>2)</sup> s. auch Zachariae, im Archiv 1843, S. 367 Anm. 33.

<sup>3)</sup> s. oben S. 11.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu Zachariae, a. a. O. S. 367—68.



### B. Die deutschen Landes - Strafgesetzbücher.

Die neueren deutschen Codificationen nehmen — ähnlich wie die Doctrin — in dieser Frage insofern einen verschiedenen Standpunkt ein, als einige derselben über die Zulässigkeit eines Widerstandes gegen Amtshandlungen gar keine Bestimmungen enthalten und die Widersetzung schlechthin mit Strafe bedrohen, andere diese Strafdrohung davon abhängig machen, dass der Thätigkeit der öffentlichen Organe eine gewisse rechtliche Qualität innewohne, wieder andere bei Widersetzung gegen einen rechts- oder gesetzwidrigen Angriff der Obrigkeit einen Strafmilderungs- resp. Minderungsgrund und unter der Voraussetzung des Bedrohtseins mit einem unersetzlichen Nachtheil für den Widerstand Leistenden gänzliche Strafflosigkeit annehmen oder auch ohne letztere Einschränkung für den Fall eines unrechtmässigen Angriffs ausdrücklich auf die Bestimmungen über Nothwehr verweisen <sup>1)</sup>.

1) Zu der ersteren Kategorie, welche die Strafbarkeit der Widersetzung *ohne Einschränkung scheinbar absolut* anerkennen will, zählt vor Allem das bayerische Strafgesetzbuch von 1813, welches überhaupt das Erste war, das die Widersetzlichkeit selbstständig als Verbrechen und Vergehen gegen die Obrigkeit behandelt, während die älteren Codificationen dieselbe entweder als eigenes Delict überhaupt nicht aufstellen, und sie nur als eine besondere Art von öffentlicher Gewaltthätigkeit hervorheben, (so z. B. das österr. Gesetzbuch von 1803, I. § 70 und seine Vorgänger), oder unter den Verbrechen gegen die innere Ruhe und Sicherheit des Staates mit aufführen (preuss. Landr. Th. II. Tit. XX. § 166), dabei aber eine Grenze ihrer Strafbarkeit in den beregten Fällen überhaupt nicht kennen. Nach der Eintheilung des bayerischen Gesetzbuchs in Verbrechen und Vergehen musste nun die Widersetzlichkeit bei dem verschiedenen Grad ihrer Strafbarkeit an zwei Stellen, unter den Verbrechen und unter den Vergehen abgehandelt werden; hiernach ist dem Art. 315 gemäss der „einfachen Widersetzung“ (im Gegensatze zum Auf-

<sup>2)</sup> Vgl. zu Folgendem: Häberlin, Grunds. d. Criminalr. II. S. 118—19.



stande oder Tumulte) schuldig, wer an einer obrigkeitlichen Person während der Ausübung ihres Amtes Gewalt verübt, wer sich ihren Befehlen und Anordnungen mit Gewalt widersetzt, u. s. f., desgleichen ist (Art. 317), wer in der Person obrigkeitlicher Diener oder einer obrigkeitlich beordneten Militärperson sich einer Verfügung der Obrigkeit mit Gewalt widersetzt, ebenso zu strafen, als wäre seine Gewalt unmittelbar wider die obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen. Ferner handelt Art. 411 von der Widersetzung gegen eine obrigkeitliche Person, die durch gefährliche Drohungen, durch blosse Schimpfworte oder andere herabwürdigende Handlungen, jedoch ohne thätliche Missethandlung begangen wird, und Art. 412 von demjenigen, der in rechtswidrigem Ungehorsam gegen die öffentliche Autorität seine Wohnung zu öffnen verweigert.

Abgesehen von dem uns hier nicht näher interessirenden Umstande, dass nach dem bayerischen St.-G.-B. die Form des Verbrechens nicht nothwendig Gewaltthätigkeit, sondern überhaupt verächtliche Behandlung ist, findet sich im Wortlaute nirgends ein Anhaltspunkt für die Frage, ob überhaupt und unter irgend welchen Modalitäten eine Widersetzung erlaubt oder straflos sei; eine Gränze könnte nur in den Worten des Art. 315 „während der Ausübung ihres Amtes“ gefunden und hieraus vielleicht die mildere Bestrafung oder Straflosigkeit des Betroffenen bei Ueberschreitungen der obrigkeitlichen Personen gefolgert werden, wenn die officiellen Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern (III., S. 52) — wie bereits früher<sup>1)</sup> erwähnt — nicht ausdrücklich erklärten, „dass selbst die Competenz der Obrigkeit oder die Rechtmässigkeit ihres Befehls hiebei nicht in Betracht komme.“ Widerrechtlichen Befehlen gegenüber wird zwar das Recht der Gehorsamsverweigerung anerkannt aber thätliche Widersetzung nicht zugelassen. Diesen Grundsatz findet jedoch — wie ebenfalls oben<sup>2)</sup> bemerkt — *Arnold* (im Archiv, 1843, S. 396) in dieser Allgemeinheit practisch zu hart und weist die Praxis auf den Grundsatz hin,

<sup>1)</sup> s. oben S. 14 und 17.

<sup>2)</sup> s. S. 15.



dass die Anmerkungen nach ihrem Promulgationspatent nur in zweifelhaften Fällen anwendbar seien. Desshalb kann nach seiner Ansicht eine Widersetzung gegen eine ausserhalb jeder Zuständigkeit vorgenommene Amtshandlung nicht strafbar sein; ebenso müssten gegenüber einer amtlichen Thätigkeit, die schon ihrer äussern Erscheinung nach als solche gar nicht zu erkennen ist, oder bei derartigem formellen Unrecht oder solchem Excess der Staatsgewalt, dass dadurch ein nicht mehr vollständig zu ersetzender Schade gestiftet wird, die Grundsätze der Nothwehr eintreten.

Mit dem bayerischen stimmte das oldenburgische Strafgesetzbuch von 1814 dem Wortlaute nach überein.

Auch das preussische Strafgesetzbuch von 1851 gibt keinen Anhaltspunkt über die Zulässigkeit des Widerstandes gegen rechtswidrige Acte der Staatsbehörden. Ein bei Berathung desselben in der Commission der zweiten Kammer zu § 89 (§ 79 des Entwurfs) gestellter Antrag, wonach Widersetzung nur gegen die *innerhalb ihres Wirkungskreises* vorgenommenen Acte der Obrigkeit strafbar sein sollte, wurde verworfen und dabei besonders betont, dass auch bei incompetenter Weise erlassenen Befehlen einer Obrigkeit der gesetzliche Weg der Beschwerde der ausreichende und einzig zulässige sei<sup>1)</sup>, und dem § 89 die endgültige Fassung gegeben, welche auch dem ersten Entwurfe des Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund zur Grundlage diene. („Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung etc. berufen ist, während der Vornahme einer Amtshandlung angreift, oder demselben durch Gewalt oder Drohung Widerstand leistet,“ etc. etc.).

Sache der Interpretation und Doctrin war es denn auch hier, die immer auf's Neue herantretende Frage einer möglichen Nothwehr mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes zu lösen, die natürlich da, wo das Gesetz für ihre Zulässigkeit unter irgend welchen Voraussetzungen gar keinen Anhaltspunkt bietet, nur auf die äussersten Fälle beschränkt, gegen wirkliche Amtshandlungen aber als solche, sollten dabei auch Ausschreitungen des betr. Beamten vorkommen; niemals, sondern nur da zugelassen

<sup>1)</sup> Beseler, Comment. z. preuss. St.-G.-B. S. 256.



werden kann, wo der Handlung der Character einer amtlichen gar nicht beiwohnt.

Diess wurde denn auch in der Theorie des preussischen Strafrechts anerkannt (schon die Kritik des Entwurfs von 1843 äussert sich dahin, s. *Abegg*, krit. Betrachtgn. üb. d. Entw. v. 1843 im Archiv d. Criminalr., Beilageheft zu Jahrg. 1843, S. 100 und 101, ebenso die Literatur nach dem Erscheinen des preuss. St.-G.-B., *Oppenhoff*, Comment. z. preuss. St.-G.-B. S. 160 n. 22, *Goltdammer*, Materialien, II. S. 123, *ders.*, Arch. f. preuss. Strafr. V, S. 41 ff., *Temme*, Lehrb. d. preuss. Strafr. 1853, § 128 (S. 621), *Hälschner*, System d. preuss. Strafr. I., S. 264, *Wallmann*, das preuss. St.-G.-B. S. 56; ferner: *Rönne*, preuss. Staatsr. I. § 103 (S. 411—12) und *Schulze*, preuss. Staatsr. I. S. 370—71), dagegen in der Praxis wohl mit etwas starker Consequenz durchgeführt, und somit ein Vergehen der Widersetzlichkeit auch in Fällen angenommen, in denen die Praxis anderer deutscher Länder, selbst solcher, die eine Beschränkung der Strafbarkeit der Widersetzung nicht kennen, eine strafbare Widersetzung nicht erblickt haben würde<sup>1)</sup>.

Erwähnung finden muss hier noch als dem preuss. Strafgesetzbuche theilweise zur Grundlage dienend, der Code pénal. Während der ältere von 1791 zum Thatbestande der strafbaren Widersetzlichkeit den Beamten als „légalement dans l'ordre de ses fonctions“ handelnd characterisirte (sonach eine besondere Qualifikation der Amtshandlung aufstellte), sah hievon wieder der Code pénal von 1810 ab und spricht vom Beamten nur als: „agissant pour l'exécution des lois“. Der Pariser Cassationshof vertrat auch in mehrfachen Erkenntnissen mit aller Consequenz die Ansicht, dass es bei der Vollstreckung auf die Legalität der Handlung in keiner Hinsicht ankomme, welcher Meinung sich jedoch nicht alle Appellhöfe anschlossen und wiederholt auf Anklagen wegen Widersetzlichkeit gegen wirklich illegale Vollzugshandlungen von Beamten freisprachen. Eine Uebersicht dieser Meinungsverschiedenheit s. *Sirey*, Recueil general des lois et des

<sup>1)</sup> *Schwarze*, Comment. z. R.-St.-G.-B., S. 312 und *Meyer*, Comment. z. St.-G.-B. f. d. nordd. Bd. S. 96, n. 3.



arrêts, Table générale etc., IV. (1791—1850), p. 13, No. 30—47 und *Chauveau et Hélie*, Code pénal (Paris 1837), IV., p. 310—315 <sup>1)</sup>. Der Cassationshof adoptirte diese Ansicht, von seiner früheren abweichend, darauf bei einigen Fällen, so in einem Urtheil vom 7. April 1837 <sup>2)</sup>. Die französische Literatur, wenn auch sie durch den Wortlaut des Code an eine strengere Theorie gebunden war, hielt doch an der Ansicht fest, es sei zur Strafbarkeit der Widersetzung nothwendig, dass sich der Beamte, gegen den sie begangen wird, innerhalb seiner Competenz befinde und die Grenzen seiner Befugnisse in keiner Weise überschreite (s. *Chauveau et Hélie*, Code pénal, IV. p. 324; vgl. überhaupt hiezu *das*. p. 310—324) <sup>3)</sup>.

Das österreichische Strafgesetz von 1852, welches conform dem von 1803 die Widersetzung noch unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Gewaltthätigkeit behandelt, spricht in § 81 nur ganz allgemein von Widersetzung gegen Beamte etc., „in Vollziehung eines obrigkeitlichen Auftrags oder in Ausübung ihres Amtes oder Dienstes“, qualificirt aber weder diese näher, noch stellt es irgend welche besondere Vorschriften betreffs der Ueberschreitungen oder Gesetzwidrigkeiten der obrigkeitlichen Functionen auf. Trotzdem wird auch hier im Falle eines offenbaren Missbrauchs der Amtsgewalt von Seite der obrigkeitlichen Person und der Zufügung eines unersetzlichen Schadens ein Nothwehrrecht anerkannt (s. *Frühwald*, Handb. d. österr. Strafges. 3. Aufl. S. 68, n. III, *Hye*, das österr. Strafges., I., S. 845 ff.).

Den Standpunkt der vorgehenden theilt auch das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1855, revidirt 1868, welches, entgegen dem früheren von 1838 <sup>4)</sup> über die Frage der Zuständigkeit oder Rechtmässigkeit ebenso wie über die Zulässigkeit einer Nothwehr gegen Ueberschreitungen und Gesetzwidrigkeiten der öffentlichen Gewalt schweigt. *Krug* bemerkt hiezu

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu noch *Goltdammer*, Archiv V. S. 41, *ders.*, Materialien, II. S. 124, Anm. 1.

<sup>2)</sup> *Sirey*, Recueil général etc. 1838, I. p. 641.

<sup>3)</sup> Weitere Literatur s. noch *Dollmann*, Commentar z. bayer. St.-G.-B., fortges. von *Risch*, II. S. 197, n. 18, *Mittermaier* zu Feuerbach, § 201, n. XIII. (14. Ausg.)

<sup>4)</sup> s. unten S. 38.



in seinem Commentar z. St.-G.-B. f. d. Königr. Sachsen v. 1855 (II. S. 25, n. 5): „Das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Beamte innerhalb seiner Befugnisse geblieben ist, oder nicht (Schwarze, Gerichtsztg. f. Sachsen, IV. S. 148, No. 49, S. 304, No. 99). Doch erkennen die Motive am Ende das Ueberschreiten derselben als Strafminderungsgrund an. Wohl aber gehört zum Thatbestande des Verbrechens, dass eine wirkliche, die Vollziehung von Gesetzen oder Verordnungen etc., bezweckende Amtshandlung vorliege und der Beamte formell zu dieser Amtshandlung berechtigt gewesen sei, denn der Beamte ist nur innerhalb der Grenzen seiner Competenz Beamter (Schwarze, Gerichtsztg. III. S. 448, No. 128, IV. S. 439, S. 120; und aus neuerer Zeit XIII., S. 50—51).“

Auch die Fassung des Art. 136 des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1861 („Wer, um den Vollzug eines Gesetzes etc. zu hindern, einen Staatsbeamten — — — — —, welchem dieser Vollzug vermöge seines Dienstes oder besonderen Auftrags obliegt, Gewalt zufügt oder androht — — —“) und Art. 138 („die Strafbestimmungen finden auch auf denjenigen Anwendung, welcher einem Staatsbeamten etc. — — — — — während der Ausübung ihres Dienstes oder Berufspflicht oder um auf ihre Dienstes- oder Berufsverrichtung einzuwirken oder um wegen einer solchen Rache zu nehmen, Gewalt zufügt oder androht — — —“) lässt in keiner Weise annehmen, dass die Widersetzung gegen die Art. 136—138 aufgezählten obrigkeitlichen Personen nur unter bestimmten Voraussetzungen strafbar sei, noch ist sonst über die Straflosigkeit eines gerechtfertigten Widerstandes eine Bestimmung getroffen; ja ein Erkenntniss des bayer. obersten Gerichtshofes vom 11. September 1863 (Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtsprax. u. Rechtswiss. II. S. 396) erklärt geradezu, dass es „für den strafrechtlichen Begriff der Widersetzung *unerheblich* ist, ob die obrigkeitliche Verfügung *gerechtfertigt* oder ob sie von der *zuständigen* Behörde erlassen worden war“<sup>1)</sup>.

Nichts destoweniger ist die auf dem Boden des bayer. St.-G.-B. stehende Doctrin und Praxis darüber einig, dass Wider-

<sup>1)</sup> Desgl. Erk. d. O. G.-H. v. 13. Jan. 1871, Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtspr. X. S. 104.



stand gegen so augenscheinlich rechts- oder gesetzwidrige obrigkeitliche Anordnungen, dass sie dadurch die an sich bestehende Präsuntion der Legalität und mithin den amtlichen Character verlieren, oder gegen Personen, denen die specielle Qualität zum Vollzuge mangelt, und wenn die Voraussetzungen der Nothwehr vorhanden sind, unter den Gesichtspunkt der gerechten Selbstvertheidigung fallen und daher straflos bleiben müsse (*Dollmann*, Comment. z. bayer. St.-G.-B., fortges. von *Risch* I, S. 521, und Anm. 34—38, II. S. 195—197 und Anm. 17—20; *Stenglein*, Comment. 1. Ausg. II. S. 74 und Anm. 1, *ders.*, Ausg. 1870, S. 200 n. 15—16; *Weis*, Comm. I. S. 353).

2) Unter die zweite Gruppe, wo die Strafdrohung bei der Widersetzlichkeit dadurch bedingt ist, dass der Thätigkeit der öffentlichen Organe eine gewisse rechtliche Qualifikation innewohne, fällt zuerst das ältere Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1838 und das diesem folgende Altenburgische von 1841, welche eine Beschränkung der Strafbarkeit der Widersetzung durch die dem Art. 105 gegebene Fassung: „Wer sich der Vollziehung einer von einer öffentlichen Behörde *in ihrem Wirkungskreise* ausgegangenen Anordnung gewaltthätig widersetzt“, u. s. w. versuchen. *v. Jagemann* (im Archiv d. Criminalr. 1842 S. 609) meint, dass es hiernach im Augenblicke der Begegnung nicht sowohl darauf ankomme, ob der öffentliche Diener innerhalb der ihm vorgezeichneten Gränzen verbleibe, als vielmehr nur darauf, ob er überhaupt zu Amtshandlungen der fraglichen Art berechtigt sei, und es könne mithin im entscheidenden Augenblicke nie ein Streit über die Rechtmässigkeit der Anwendung seiner Dienstgewalt entstehen.<sup>1)</sup>

Ein Specialgesetz über das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt erliess Baden am 28. December 1831 und bestraft in Art. 1 den einer Civil- oder Militärperson bei der Ausübung des öffentlichen Dienstes *innerhalb der Gränzen ihrer Zuständigkeit* geleisteten Widerstand; doch hält es *v. Jagemann* (a. a. O. S. 606) „für ganz unangemessen, die Frage der Competenz hereinzutragen, weil damit wenigstens in dieser Wort-

<sup>1)</sup> vgl. hiezu *Zachariae*, im Archiv 1843, S. 358; *Weiss*, Comm. zum sächs. St.-G.-B. v. 1838, II, S. 78.



stellung zunächst nur die missliche Folge erreicht würde, dass die Unterthanen sich bei jeder unangenehmen Begegnung mit Beamten eine Erörterung über die Zuständigkeit herausnehmen,“ und glaubt, dass die spätern deutschen Gesetze in richtiger Erkenntniss dieses Uebelstandes eine Verbesserung hier hätten eintreten lassen. Solch eine Verbesserung erblickt v. Jagemann eben in der Fassung des sächsischen St.-G.-B. von 1838.<sup>1)</sup>

Das Braunschweigische Criminalgesetzbuch von 1840 bedroht § 107 Ziff. 2 und § 108 den Widerstand und die Verweigerung des Gehorsams etc., gegen „*rechtmässige* Befehle und Anordnungen der Obrigkeit“ mit Strafe, erklärt also die Widersetzlichkeit nicht absolut für strafbar, sondern lässt einen Widerstand da, wo die Obrigkeit aufhört, rechtmässig zu handeln, zu. Zur Interpretation dieses Erfordernisses führen aber die „Motive und Bemerkungen zu dem landesherrlichen Patente, die Einführung des Criminalgesetzbuchs betr.“ (S. 247) aus, dass „der öffentliche Beamte, welcher die Amtshandlung vornimmt, zu Amtshandlungen von der Art der vorgenommenen im Allgemeinen competent sein und die vorschriftsmässige Form beobachten müsse. Es komme mithin nur auf die formelle Rechtmässigkeit der Anordnung, nicht aber darauf an, dass er in dem einzelnen Falle unter den gegebenen Voraussetzungen solche zu treffen befugt war.“ Diese Bemerkung ist für uns nm so wichtiger, als es gerade wieder das Erforderniss der „*Rechtmässigkeit*“ der Amtsausübung ist, welches das Deutsche Strafgesetzbuch als Thatbestandsmoment beim Vergehen der Widersetzlichkeit aufstellt.

(Ueber das theilweise auch hierher noch zählende thüringische Strafgesetzbuch s. unten S. 40—41.)

3) Eine von den bisherigen Gesetzgebungen ganz verschiedene Behandlungsweise gibt sich aber in den Strafgesetzbüchern von Württemberg von 1839 (Art. 174) und Baden von 1845 (Art. 617) kund, welche einen Milderungsgrund statuiren, „wenn der Thäter zu dem Vergehen durch gesetz- und ordnungswidri-

<sup>1)</sup> vgl. hiezu Zachariae, a. a. O. und Mittermaier zu Feuerbach (14. Ausg.), § 201, n. XIII.



ges Verfahren der Obrigkeit oder ihrer Diener veranlasst worden ist,“ und den Widerstand selbst für straflos erklären, „wenn der Betheiligte durch ein solches Verfahren mit einem *unersetzlichen Nachtheile* unmittelbar bedroht gewesen ist.“

Ueber die Entstehungsgeschichte des Art. 174 des württ. St.-G.-B., namentlich über das Erforderniss des „unersetzlichen Nachtheils“ s. *Hufnagel*, Comment. z. württ. St.-G.-B. I, S. 441 ff., *Hepp*, Comment. II, S. 601—651, *ders.*, Staatsverbrechen etc., S. 170—200; ferner vgl. *Puchelt*, Comment. z. bad. St.-G.-B. S. 950.

Das hannoverische Criminalgesetzbuch von 1840 nimmt, wie die beiden vorgenannten, statt einer besonderen Qualification der Amtshandlung als einer rechtmässigen, innerhalb der Zuständigkeit der Behörden ergangenen, in Art. 160 die Ueberschreitung der Befugnisse der Officianten als einen „wichtigen Milderungsgrund“ an, verweist aber bezüglich der gesetzlich erlaubten Selbstvertheidigung gegen einen unrechtmässigen Angriff und deren Straflosigkeit ganz allgemein auf die Bestimmungen über *Nothwehr* (Art. 78), wo diess nur als „eine erlaubte Selbstvertheidigung gegen einen unrechtmässigen Angriff zur Deckung von Leib, Leben, Freiheit, Ehre oder Gut“ aufgefasst wird, d. h. also — verschieden von dem württ. und bad. St.-G.-B. — ohne Rücksicht auf Ersetzlichkeit oder Unersetzlichkeit des bedrohten Gutes (s. speciell über letztern Punkt *Leonhardt*, Comm. z. hannov. St.-G.-B. II, S. 78 und überhaupt das. S. 71 ff.).

Lediglich eine Strafminderung innerhalb der gesetzlichen Gränzen und in leichteren Fällen Geldstrafe ohne sonstige Bestimmung über die Zulässigkeit eines Nothwehrrechts lässt das Strafgesetzbuch für das Grossherzogth. Hessen von 1841 (Art. 176) zu: „wenn derjenige, gegen den die Widersetzung verübt worden ist, durch gesetzwidriges Verfahren selbst dazu Veranlassung gegeben hat“.

Einen ganz eigenen Standpunkt nimmt das thüringische Strafgesetzbuch von 1850 (Art. 100) ein, welches nicht nur die Bestimmung des sächsischen St.-G.-B. von 1838, dass es sich um einen Widerstand gegen „die Vollziehung einer von einer öffentlichen Behörde *in ihrem Wirkungskreis* ausgegangenen Anordnung“ handeln müsse, aufgenommen hat, sondern auch dem



Princip der voraufgehenden Codificationen folgend die Gesetzwidrigkeit der obrigkeitlichen Anordnung für einen Strafminde-  
rungsgrund erklärt und Strafflosigkeit annimmt, „wenn die Gesetz-  
widrigkeit darin besteht, dass gesetzliche Formen bei der An-  
ordnung nicht beobachtet sind“. Darin also, dass diese Straf-  
losigkeit weder von den allgemeinen Voraussetzungen der Noth-  
wehr noch von der Bedrohung mit einem unersetzlichen Nach-  
theil, sondern nur von der Nichtbeobachtung der gesetzlichen  
Formen abhängig gemacht ist, unterscheidet sich das thüringische  
im Wesentlichen von den übrigen Strafgesetzbüchern.



### III.

## Das neue Deutsche Reichsstrafrecht.

### § 7.

Auch das Deutsche Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 zählt zu denjenigen, welche diese Frage nicht unberührt lassen, und einen Anhaltspunkt durch das positive Gesetz geben. Im § 113 wird zum Thatbestande der Widersetzlichkeit gefordert, dass der Beamte sich „*in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes*“ befunden haben müsse.

Mit der Beantwortung der Frage, was denn unter dieser Rechtmässigkeit eigentlich verstanden werden will, *wann* also ein Widerstand, ein Nothwehrrecht gegen Akte der Staatsgewalt im Sinne des neuen Reichsstrafrechts begründet ist, wann nicht, soll nun die Lösung der hier gestellten Aufgabe versucht werden. Diese Beantwortung kann jedoch nur in der Aufsuchung eines *möglichst erschöpfenden* Begriffs und Grundprincips für die geforderte „rechtmässige Ausübung des Amtes“ verwirklicht werden.

Dass hiefür der Hauptstützpunkt das Staatsrecht, in specie die Lehre vom staatsbürgerlichen Gehorsam sein muss, ist aus dem bisherigen wohl zur Genüge klar. Sind wir jedoch Anfangs dieser Ausführung von der historisch-positiven Seite und der Literatur ausgegangen, den Kern der Frage nur soweit unumgänglich nöthig berührend, so muss jetzt versucht werden, zur eigentlichen Begründung des vorwürfigen Begriffs, zu dessen principieller Feststellung auf naturrechtlicher Grundlage zu schreiten und daraus ihn zu entwickeln.



## § 8.

**1. Begründung des Widerstandsrechts gegen die Staatsgewalt überhaupt.**

Die Staatsgewalt als die souveräne aber nicht absolute Macht ist zwar eine formell, aber nicht materiell unumschränkte und hat deshalb die Rechte der ihrem Herrschaftsgebiete unterworfenen Individuen zu achten und so Ueberschreitungen jener Machtsphäre von vornherein unmöglich zu machen. Ebensowenig wie diese oberste Gewalt ist aber auch der Gehorsam, welchen der Staatsbürger derselben schuldet, ein absoluter, vielmehr ist jener da an sein Ende gelangt, wo das innere, unsichtbare Geistesleben in angeborener Freiheit walten und in die ihm aus jener natur- und vernunftgemässen Beschränktheit der Staatsgewalt zustehenden Rechte eintreten muss, wenn nämlich der geforderte Gehorsam die Verletzung der innern Freiheit, die Vernichtung der freien Individualität, die Begehung einer offenbaren Widerrechtlichkeit involviren sollte.

Der Mensch verhält sich eben gegen den Staat, der die Gränze seiner Wirksamkeit überschreitet, ebenso wie das Volk gegen den souveränen Fürsten, der die Verfassung verletzt<sup>1)</sup>.

Hier wie dort stehen Rechte und Pflichten zu einander in einem unauflöslichen Bedingungsverhältniss. Jener Pflicht des bürgerlichen Gehorsams steht das Recht desselben gegenüber. Da es nun keine Pflicht geben kann, die weiter ginge als das gegenüberstehende Recht, so folgt nothwendiger Weise, dass der Unterthan widerrechtlichen Befehlen Folge zu leisten nicht schuldig sei, vielmehr auf Grund seiner eigenen Auffassung die Befugniss der Vollzugsgewalt zu der betreffenden Massnahme läugnen und dieselbe desshalb als für sich unverbindlich erklären darf<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> s. *Stahl*, Rechtsphilos. (2. Aufl.) II. 2. Abth. § 35 (S. 124); *Bluntschli*, Staatsrecht II. S. 511; *Held*, Syst. d. Verfass.-R., II. S. 573.

<sup>2)</sup> s. *Zachariae*, Deutsch. Staats- u. Bundesr. I. S. 435, und *Stein*, Verwaltungslehre, I. S. 109.



Ganz besonders in der constitutionellen Monarchie — der in Deutschland heute allein practischen Staatsform — kann die Pflicht des staatsbürgerlichen Gehorsams nur eine bedingte sein, weil hier die Verfügungen der Staatsgewalt durch die Verfassung an die von dieser festgesetzten Voraussetzungen und Formen gebunden sind. So ergibt sich uns der eigentliche Begriff des *staatsbürgerlichen oder verfassungsmässigen Gehorsams* (*obedientia civilis*)<sup>1)</sup>.

Aber selbst noch auf dem Boden des modernen Verfassungsstaates ist es denkbar, dass dieser verfassungsmässige Gehorsam, wie er thatsächlich gefordert wird, lediglich als eine Phrase, dagegen der unbedingte Gehorsam, wie ihn der Polizeistaat einer jetzt hoffentlich hinter uns liegenden Zeit verlangt, als eine nur allzugrosse Realität erscheint. Diese absolute Forderung ist nämlich ein Hauptkriterium des Polizeistaates, der seinen Anordnungen, gleichviel, ob sie im Gesetze begründet sind oder nicht, Gehorsam vindicirt, ohne zu berücksichtigen, dass hiemit das Princip des Rechtsstaates an sich: „Gehorsam nur dem Gesetze“ von vornherein negirt ist. Denn im Rechts- bzw. Verfassungsstaate kann dieser kein blinder oder unbedingter sein, weil er seinem Wesen nach ein *rechtlicher und sittlicher Gehorsam* ist. Die Grenzen des bürgerlichen Gehorsams sind eben durch die natürlichen und etwaigen positivrechtlichen Grenzen der Staatsgewalt, d. h. durch den Zweck und Begriff des Staates selbst gegeben; jenseits derselben beginnt das Nichtverbundensein zur Folgeleistung solcher Befehle, deren gesetzliche Begründung über jene Gränzlinie hinausfällt, die also widerrechtlich sind<sup>2)</sup>.

Etwas ganz anderes ist es mit dem Begriff des *militärischen Gehorsams*, wo die Nothwendigkeit der Subordination

<sup>1)</sup> s. *Zachariae*, Staats- u. Bundesr. I. S. 434; vgl. hiezu namentlich: *Antimachiavell*, oder über die Grenzen des bürgerl. Gehorsams, Halle 1794, 2. Aufl. v. *Jacob* 1796; *Feuerbach*, *Antihobbes*, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt, 1798; *Moser*, von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Person etc. S. 171; *L. Gervais*, kl. Mittheilungen a. d. staatsw. Gebiete, II. S. 141; *Pölit*z, Staatswiss. I. S. 226; s. ferner noch die oben S. 9 angeführte Literatur.

<sup>2)</sup> s. *Zöpfl*, Staatsr. II. § 282 (S. 3); *Maurenbrecher*, Staatsr. § 56 (S. 78); *Rönne*, preuss. Staatsr. I. § 103 (S. 409).



und Kriegszucht unbedingtes Fügen unter die Befehle und Massregeln der Vorgesetzten erheischt<sup>1)</sup>).

Ist demgemäss die blosser Weigerung des Gehorsams gegen so geartete Befehle unzweifelhaft gerechtfertigt, so ist die Straflosigkeit des activen Widerstandes gegen den zwangsweisen Vollzug einer gesetzwidrigen Anordnung nur eine weitere nothwendige Folge der verfassungsmässigen Freiheit des Staatsbürgers. Freilich kann *ein solcher Widerstand*, wenn überhaupt Recht, kein normales, nur anomales, nur Ausnahms- und *Nothrecht* sein. Das ist er aber wirklich. Wenn der Staat *der Regel nach* Widerstand nicht zugeben kann und seine Macht einheitlich concentrirt, so will er hiemit nur die ihm nothwendige volle Energie verwirklichen, dabei aber dies Princip nicht blindlings verfolgen bis zu seiner eigenen Zerstörung und Ueberlieferung an die rechtlosen Launen der regierenden Gewalt, die eben, als im Staatsrecht selbst begründet, in der rechtlichen Existenz, in dem Zwecke des Staates ihre nothwendige Beschränkung finden muss. Nur innerhalb dieser Schranke ist sie wirkliche Regierung, ausserhalb derselben befindet sie sich im Ausnahmezustand und kann nicht nur nicht Gehorsam erwarten noch fordern, sondern ihre Akte als reine Willkürhandlungen berechtigen den Staatsbürger zum Widerstande als einer gerechten Nothwehr.<sup>2)</sup>

Das ganze Leben des Staates ist eben ein rechtlich bestimmtes und ist die Willkür wie von dem Gegenstande so von den Formen desselben ausgeschlossen. Desshalb liegt durchaus keine Gefährdung des Staates darin, dass solcher Willkür, welche, wenn auch in gesetzliche Formen gekleidet, doch immer materielles Unrecht bleiben muss, ihr Recht widerfährt<sup>3)</sup>, vielmehr ist damit das Staatsrecht an die Gränze seiner Herrschaft gelangt, und wie das Nothrecht der Regierung in äusserster Gefahr des Staates, so ist auch dieses Nothrecht der Regierten nur ein Zeichen der Unvollkommenheit aller menschlichen Rechtsord-

<sup>1)</sup> Vgl. Seeger, Abhandlgn. S. 315; dagegen Brauer, im Gerichtssaal, X. S. 363—64.

<sup>2)</sup> Bluntschli, in seinem und Brater's Staatswörterb. IV. S. 89.

<sup>3)</sup> Grotfend, Deutsch. Staatsr. S. 471; vgl. hiez u noch Köstlin, n. Revis. S. 725; Levita, Nothwehr, S. 200—201.



nung. Hier muss eben das höhere Sittengesetz allein mit seiner geistigen Macht eintreten, die über der rohen Gewalt erhaben, sie ermässigt und richtet. Demnach kann es Niemanden, der für dies grosse und göttliche Gesetz einen offenen Sinn hat, befremden, dass der schuldige Gehorsam in den berechtigten Widerstand umschlage, sobald sich einmal die Rechtsgewalt der Regierung in ihr Gegentheil, in offenbares Unrecht verkehrt hat.<sup>1)</sup>

Wenn demnach der verfassungsmässige Gehorsam nur dem als solchen erklärten Willen des Staates, und zwar unter der Voraussetzung geschuldet wird, dass dessen Gesetze, Verordnungen und Verfügungen *rechtmässig*, d. h. dass sie innerhalb des verfassungsmässig bestimmten Gebietes der Staatsgewalt und von den im Rechte gesetzten Organen derselben erlassen sind, so soll und muss also stets auch nach der Rechtmässigkeit der Gewalt desjenigen gefragt werden, der sich als Inhaber derselben darstellt. Auch wo die Staatsgewalt als rechtmässig bestehende anerkannt oder erscheinend ist, gibt es keine Schuldigkeit zum blinden Gehorsam, sondern auch hier hat der Bürger das Recht, ja nach Umständen die Pflicht, *bevor er gehorcht*, zu prüfen, ob der obrigkeitliche Befehl dem Gesetze gemäss ist und innerhalb der Amtsbefugniss des Befehlenden liegt<sup>2)</sup>.

Die *nachträgliche* Bestrafung eines Beamten wegen Amtsmissbrauchs hat mit diesem natürlichen Rechte des Individuums, sich gegen offenbares Unrecht zu wehren, gar nichts gemein, kann aber noch weniger gleichzeitig stattfinden mit der Bestrafung des Privatmannes, welcher diesem von der Staatsgewalt selbst als *rechtswidrig* anerkannten Befehle, diesem Missbrauch der Amtsgewalt nicht Folge geleistet hat<sup>3)</sup>.

Freilich leistet man schon durch den Eintritt in den Staat auf das Selbsturtheil über das eigene Recht, wenigstens auf die Befugniss, das vermeinte Recht mit Gewalt geltend zu machen,

<sup>1)</sup> *Bluntschli*, Staatsrecht II. S. 549—50; *ders.* im Staatswörterb. IV. S. 90.

<sup>2)</sup> s. *Rotteck u. Welcker*, Staatslex. VIII. S. 232—33; vgl. hiezu: Stenogr. Ber. d. Reichst.-Verhandl. 1870, I. S. 392, Rede des Abg. *Lasker*.

<sup>3)</sup> s. Stenogr. Ber. a. a. O.



Verzicht, während auch um der Erreichung der Staatszwecke willen mancherlei Beschränkungen oder Modificationen natürlicher Rechte durch positives Gesetz nothwendig, mithin nicht widerrechtlich sind. Ein rechtswidriger, also seinem Begriffe nach ungültiger, d. h. an und für sich unverbindlicher Act der Staatsgewalt kann demnach erst dann vorliegen, wenn solche Beschränkungen weiter gehen als der Staatszweck wirklich erheischt, oder durch welche selbst gesetzlich anerkannte oder gar unveräusserliche Rechte durch Verfügungen gekränkt werden.<sup>1)</sup>

Wann dies der Fall sei zu erkennen, muss dem Unterthan überlassen bleiben, jedoch unterliegt diese Entscheidung allerdings mancher principiellen Schwierigkeit und kann im concreten Faile schwankend sein, ja Verwicklungen mit sich bringen und dadurch geradezu gefährlich werden.<sup>2)</sup>

## § 9.

### 2. Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung.

#### a) Im Allgemeinen.

Nur eine möglichst scharfe Fixirung der Gränzen und Voraussetzungen, innerhalb deren allein die Staatsgewalt rechtmässig und mit Ausschluss jedes Widerstandes handelt, vermag diese Schwierigkeit einigermassen zu heben.

Die ganze Frage concentrirt sich sonach in der weitem oder engern Fassung des Begriffes der *Rechtmässigkeit*, welche einer obrigkeitlichen Handlung und zwar nach *Form* und *Inhalt* beiwohnen muss, damit für dieselbe Gehorsam gefordert, und jeder Widerstand dagegen bestraft werden kann.

Das Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt, wie es aus dem Begriffe des verfassungsmässigen, bedingten Gehorsams und dem auf Grund dessen dem Bürger zustehenden Prüfungsrechte der Rechtmässigkeit staatlicher Akte gefolgert ist, muss aber seiner Natur nach alle möglichen Fälle erlaubter Gegenwehr gegen die öffentliche Executiv-Gewalt überhaupt wie

<sup>1)</sup> Rotteck u. Welcker, Staatslex. VIII. S. 235.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu unten § 14, und zu § 8 überhaupt oben S. 16—23



gegen einzelne Organe derselben umfassen, welche letztere Art der Nothwehr erst dann, wenn ihre Zulässigkeit selbst angenommen und begründet ist, auf ihrer eigenen Basis weiter entwickelt werden kann<sup>1)</sup>, zumal dieselbe, wie in Folgendem gezeigt werden wird, nicht allein und ausschliesslich auf die Möglichkeit wirklicher Amtsverbrechen u. dgl. beschränkt werden darf, sondern in viel weiterer Ausdehnung gefasst werden muss.

Die Merkmale der Widerrechtlichkeit eines obrigkeitlichen Aktes nach Form und Inhalt können vielmehr hauptsächlich in Folgenden bestehen:

1) Die *Form* eines Actes der Staatsgewalt muss sich auf den ersten Blick als eine *gesetzwidrige* darstellen. Dies ist der Fall namentlich da, wo die Form absolute, positiv-rechtlich vorgeschriebene Voraussetzung des rechtlichen Bestandes für den fraglichen Act ist. (Diese Form kann ebenso wohl in einem die rechtsgültige Basis der betreffenden Handlung bildenden *vorgängigen* Verfahren oder in der vorgehenden Erlassung einer Verfügung, eines Urtheils etc. liegen wie in einem zur Gültigkeit nothwendigen Erfordernisse des Verfahrens selbst oder in der rechtlichen Gestalt der Vornahme, u. s. w.)<sup>2)</sup>.

Die *formale Seite* einer Amtshandlung umfasst aber auch die Frage nach der *örtlichen und sachlichen Zuständigkeit* des Organes zu ihrer Vornahme, resp. Anordnung.

2) Wegen seines *Inhalts* unzulässig, folglich Gegenstand eines gerechten Widerstandes wird ein Akt der Staatsgewalt sein:

a) wenn während oder bei diesem, oder durch denselben von Seite des staatlichen Vollzugsorganes geradezu ein Verbrechen begangen wird (und zwar nicht nur ein Verbrechen des Amtsmissbrauchs, das ja in den meisten dieser Handlungen (unter 1 und 2) schon enthalten sein kann, sondern überhaupt ein gemeines Verbrechen, z. B. Körperverletzung, Nothzucht.)<sup>3)</sup>;

<sup>1)</sup> Vgl. dagegen Held, Staat u. Gesellsch. III. S. 501.

<sup>2)</sup> s. unten § 13, I. 1.

<sup>3)</sup> s. unten § 13, II. a.



- b) wenn ausser diesem Falle sich ein Akt der Obrigkeit als eine vom Gesetz überhaupt verbotene, oder der für ihre Zulässigkeit concret nothwendigen positiv-rechtlichen Bedingungen entbehrende Handlung darstellt, und
- c) wenn durch Ueberschreitungen irgend welcher Art, die aber nicht wieder ein selbstständiges Delict bilden (wie unter a), die rechtliche Reinheit des Aktes getrübt und in Frage gestellt wird <sup>1)</sup>).

Hier tritt also an die Stelle einer Executivhandlung der Staatsbehörden *materielles Unrecht*, das aber, wenn es zum Widerstande berechtigen soll, offenbar, d. h. so gestaltet sein muss, dass es überhaupt mit Sicherheit und sogleich erkannt werden kann (*im Zweifel* bleibt die Regel des Gehorsams in ihrem Recht). Das Unrecht muss aber auch ein sehr *ernstes*, die natürlichen oder verfassungsmässigen Rechte tief verletzendes sein; denn nur die wahre und ernste Noth vermag es zu rechtfertigen, dass dem Bruch des Rechts von Seite der Obrigkeit, welche das Recht zu schützen berufen ist, gewaltsamer Widerstand von Seite der Regierten entgegengesetzt und so auch von dort aus das Grundgesetz eines jeden Staates, die Unterordnung der Regierten unter die Obrigkeit für den Augenblick unterbrochen werde <sup>2)</sup>).

Kurz gesagt ist also Widerstand nur zulässig gegen *Verletzungen* der höchsten Rechte des Unterthanen *so evidenten Art*, dass die individuelle Ueberzeugung des Einzelnen von seiner Beeinträchtigung nothwendig auch die aller andern Verständigen sein muss und daher rechtlich unbedenklich ihr gemäss gehandelt werden mag.

3) Die Rechtswidrigkeit kann sich aber auch *auf Form und Inhalt zugleich* beziehen, zumal die Frage über Inhalt und Gegenstand des von der Staatsgewalt oder ihren Agenten ausgehenden Befehls, Verbots oder überhaupt Thuns mit jener über die Form oftmals zusammenfällt, namentlich im Falle der Competenz einer Autorität für bestimmte Akte. In solchen Fällen geht

<sup>1)</sup> s. unten § 13, II. b.

<sup>2)</sup> *Bluntschli*, Staatsrecht II. S. 549.



es eben aus dem Inhalte hervor, ob eine Incompetenz, mithin ein formaler Mangel vorhanden sei<sup>1)</sup>).

Also nur bei Abwesenheit von Mängeln in Form und Inhalt eines obrigkeitlichen Aktes, wie sie oben sub 1—3 aufgeführt sind, liegen *die formalen Voraussetzungen* für die Rechtsgültigkeit der fraglichen Handlung, *die rechtlichen Bedingungen ihrer Zulässigkeit* vor, und darin allein kann die Rechtmässigkeit eines staatlichen Aktes bestehen, die demnach einen vorwiegend formalen Charakter hat, während eine Prüfung der *materiellen Voraussetzungen* einer amtlichen Handlung, d. h. ihrer materiellen Richtigkeit oder concreten Begründetheit im Rechte, ihrer Nothwendigkeit und Zweckmässigkeit, welche zu beurtheilen allein Sache der Behörde ist, ebendesshalb dem von einer solchen Verfügung Betroffenen niemals gestattet werden kann.

Hiedurch würde erst ein alle staatliche Ordnung auflösendes Recht dem Einzelnen eingeräumt, wenn er dem Ermessen des Beamten sein eigenes besseres Ermessen über die Nothwendigkeit und Zweckmässigkeit der in Vollzug zu setzenden Handlung entgegenstellen dürfte. Denn das von einer Behörde in den Grenzen ihrer Zuständigkeit und unter Beobachtung der sonstigen gesetzlichen Bedingungen Verfügte muss, selbst wenn es innerhalb des Spielraums, welcher dem Beamten über die Erwägung des Nützlichen und Zweckmässigen gesetzlich offen steht, als eine unrichtige Massregel erscheinen sollte, für zulässig und rechtmässig, mithin als formelles Recht im concreten Falle gelten, welchem sich zu widersetzen der von dieser Massnahme Betroffene nicht befugt ist. Es ist vielmehr Aufgabe des Staates, durch seine Gesetzgebung dafür zu sorgen, dass nicht in der Form des Rechts materielle Ungerechtigkeiten vorkommen; wenn sie aber vermöge der Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen doch geschehen, so wird Beschwerdeführung im gesetzlichen Instanzenzuge (wenn es sich nicht um ein offen-

<sup>1)</sup> Vgl. zu Z. 1—3: Seeger, Abhdlgn. S. 304—310; Zachariae, im Archiv 1843, S. 369 ff.; ders., deutsch. Staats- u. Bundesr. I. S. 345, Rotteck u. Welcker, Staatslex. XI. S. 679; Bluntschli, im Staatswörterb. IV. S. 90, Zöpfl, Staatsr. II. § 283 a. E.; Pözl, bayer. Verf.-R. § 37 (S. 98); s. hiezu noch unten § 13.



bares Unrecht im oben <sup>1)</sup> angegebenen Sinne handelt) das einzige Mittel der Abwendung sein <sup>2)</sup>).

Was den Widerstand selbst angeht, so muss dieser dem Nothwehrprincip gemäss, lediglich auf der Absicht beruhen, den rechtswidrigen Angriff abzuwehren, darf desshalb nicht über sein Ziel hinausgehen und muss mit der Abstellung des Unrechts sein Ende finden <sup>3)</sup>. —

Die *Unersetzlichkeit* des durch den widerrechtlichen Angriff bedrohten Gutes als constitutives Moment hier zu behaupten, wie diess vielfach geschieht <sup>4)</sup>, ist nur eine Consequenz der Frage, ob die Bedrohung mit einem unersetzlichen Nachtheil auch ein Erforderniss der Nothwehr sei.

Wird Letzteres schon mit Recht bestritten <sup>5)</sup>, so ist diese Voraussetzung bei der Abwehr rechtswidriger Angriffe der obrigkeitlichen Vollzugsorgane noch viel unhaltbarer.

Liegt doch der letzte Grund des Nothwehr- und Widerstandsrechtes in dem Gedanken, dass Recht dem Unrecht nicht zu weichen, und der Staatsbürger das offenbare Unrecht von keiner Seite her, selbst nicht einmal von der Staatsgewalt über sich ergehen zu lassen brauche, ohne dass es dabei auf den Werth des Rechts, in welchem er angegriffen wird, etwas ankommt; dieser Werth kann auch desshalb nicht in Betracht gezogen werden, weil bei der Nothwehr ihrer Natur nach das für

<sup>1)</sup> s. S. 48—49; vgl. hiezu unten S. 60—61.

<sup>2)</sup> *Häberlin*, Grunds. d. Criminalr. II. S. 315—16; *Zachariae*, im Archiv 1843, S. 360; *Hälschner*, System, S. 264: ferner Motive und Bemerkungen z. landesh. Patent, die Einf. d. Crim.-Gesetzb. f. Braunschweig betr. S. 247; *Seeger*, Abhandlgn. S. 308—309. Anderer Ansicht ist *Hepp*, Staatsverbrechen S. 190 ff. und Comm. z. württ. St.-G.-B. II. S. 629 und 642.

<sup>3)</sup> *Bluntschli*, a. a. O.; vgl. hiezu unten S. 65.

<sup>4)</sup> *Grotefend*, deutsch. Staatsr. S. 472; *Zachariae*, Staats- u. Bundesr. I. S. 437; *Mohl*, württ. Staatsr. I. S. 326; *Wächter*, Lehrb. d. Strafr. I. § 51; s. weitere Literatur: *Geib*, Lehrb. d. Strafr. II. S. 234—35; ferner *Jarke*, Handb. d. Strafr. II. S. 209; *Zachariae*, im Archiv 1843, S. 375. namentlich für das württ. Strafrecht: *Hufnagel*, Comment. I. S. 444, *Hepp*, Comm. II. S. 642 und Staatsverbrechen, S. 193; auch *Oppenhoff*, preuss. St.-G.-B. S. 160, n. 22, s. noch die oben S. 26, II. angeführte Literatur.

<sup>5)</sup> *Levita*, Nothwehr S. 207—215, *Köstlin*, neue Revision S. 716—18, *Berner*, Strafr. (5. Aufl.), S. 143.



die Strafe gültige Princip der Wiedervergeltung nicht anschlägt; endlich würde die auf ein Verhältniss des bedrohten Rechts auf der einen und des verletzten Rechts auf der andern recurrirende Thätigkeit mit der ganzen Grundlage des Nothwehrrechts in Widerspruch gerathen. Für das Widerstandsrecht gegen Amtshandlungen kommt aber hier das praktische Bedenken hinzu, dass zu der concret unläugbar schwierigen Entscheidung über die Zulässigkeit eines Widerstandes noch eine weitere Schwierigkeit gehäuft wird, nämlich die Frage, was ersetzliche, was unersetzliche Güter seien und welcher Schaden wiederum in concreto als ersetzlich oder als unersetzlich gelten müsse<sup>1)</sup>. Es genügt jedenfalls, wenn der ausserhalb seiner gesetzlichen Basis stehende Beamte, trotz der Protestation dagegen, einen Befehl ausführen will, wodurch der Bürger mit einer unmittelbaren, nicht anders abzuwendenden Rechtsverletzung bedroht wird<sup>2)</sup>.

Unbekannt ist dieser Begriff auch den römischen Quellen (so spricht l. 5 Cod. de jure fisci von der Gefahr eines ohne allen Zweifel ersetzbaren Schadens), ebensowenig lässt er sich für das gemeine deutsche Recht behaupten, während ihn manche Particulargesetzgebungen (so das württ. St.-G.-B. Art. 174 und das badische St.-G.-B. Art. 617) hereinziehen; über das Verhältniss des deutsch. St.-G.-B. zu dieser Frage s. unten S. 67.

Der bisherigen Entwicklung zufolge kann deshalb als *rechtmässig nur derjenige Act der Staatsgewalt gelten, welcher den formalen Voraussetzungen und gesetzlichen Bedingungen seiner Zulässigkeit entsprechend, ohne jede Ausschreitung des Beamten vollzogen ist.*

### § 10.

#### *b) Im Reichsstrafgesetzbuch.*

Selbstverständlich muss dies auch der Begriff „der rechtmässigen Ausübung des Amtes“ vom Standpunkte des positiven Gesetzes sein, wie ihn § 113 des Reichsstrafgesetzbuches im

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu *Hufnagel*, Comment. d. württ. St.-G.-B. I. S. 447.

<sup>2)</sup> s. *Köstlin*, u. Revis. S. 717 und 725, Anm., *Seeger*, Abhandlg. S. 311, *Henke*, Handb. d. Strafr. III. S. 203, *Levita*, Nothwehr S. 197.



Thatbestande des Vergehens der Widersetzlichkeit verlangt.<sup>1)</sup> Und dass hierunter nichts Anderes verstanden werden wollte, beweisen namentlich die Debatten im Reichstage über diesen Paragraphen, welche nebst einer Entwicklungsgeschichte desselben, wenn auch nur in kurzer Skizzirung wieder zu geben, zum bessern Verständniss des Ganzen wohl als die nächste Aufgabe erscheinen dürfte.

Der erste Entwurf gestaltete den — in der heutigen Fassung als § 113 erscheinenden § 94 auf Grund der im Ganzen angenommenen Anschliessung an das preuss. St.-G.-B. vom 14. April 1851 im Wesentlichen dem § 89 dieses Gesetzbuchs ähnlich lautend:

„Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung der Gesetze oder der Befehle und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder der Urtheile und Verfügungen der Gerichte berufen ist, während der Vornahme einer Amtshandlung angreift oder demselben durch Gewalt oder Drohung Widerstand leistet, wird mit Gefängniss bis zu zwei Jahren oder mit Geldbusse bis zu fünfhundert Thaler bestraft. Dieselbe Strafe tritt ein, wenn der Angriff oder die Widersetzlichkeit gegen Personen, welche zur Beihülfe des Beamten zugezogen waren oder gegen Mannschaften des Militärs oder einer Gemeinde-Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes erfolgt.“

Die Motive hiezu (S. 126) rechtfertigen diese Gleichhaltung damit, „dass die politische Gestaltung des Bundes für die hier bedrohten strafbaren Handlungen eine Abweichung in den Strafvorschriften nicht bedingt.“

Der zweite, aus der Berathung der vom Bundesrathe gewählten Commission von 7 angesehenen Juristen Norddeutschlands hervorgegangene Entwurf beschränkte sich nur auf einige redactionelle Aenderungen des § 94 des ersten Entwurfs, in Folge deren er nun, in der Reihenfolge als § 111 erscheinend,

<sup>1)</sup> s. *Schütze*, Lehrb. d. deutsch. Strafr. § 66, Anm. 22 (S. 264). *Schulze*, preuss. Staatsr. I. S. 370; *Berner*, Lehrb. 6. Aufl. S. 358; *Schwarze*, Comm. S. 314—17, *Oppenhoff*, Comm. S. 226—27; *Rüdorff*, Comm. S. 256—57; *Meyer*, Comm. S. 96, n. 3; *Puchelt*, Comm. S. 161, n. 4, v. *Kirchmann*, Comm. S. 85; *John*, in *Holtzendorff's Handb. d. Strafr.* III. S. 117—123. und *Schapper*, ebendas. II. S. 124 u. 142.



lautet: „Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urtheilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, während einer Amtshandlung durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während einer Amtshandlung thätlich angreift, wird mit Gefängniss bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünf-hundert Thaler bestraft.“

Dieselbe Strafe tritt ein, wenn die Handlung gegen Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren oder gegen Mannschaften der bewaffneten Macht oder gegen Mannschaften einer Gemeinde-Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes begangen wird.“

Von den zahlreichen bis zu diesem Zeitpunkte erschienenen Kritiken des Entwurfs<sup>1)</sup> spricht sich namentlich *Hugo Meyer*<sup>2)</sup> bei diesem § dahin aus, dass eine nähere Bestimmung darüber nicht unnöthig erschiene, dass sich der Beamte *im Kreise seiner amtlichen Befugnisse gehalten* haben müsse, da gegen Excesse der Amtsgewalt wie gegen sonstige Excesse den Staatsbürgern jedenfalls die Befugniss der Abwehr zuzusprechen sei. *John* macht in seinem (vor dem Erscheinen des ersten Entwurfs) veröffentlichtem „Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund“ (Berlin, 1868), S. 346, den Vorschlag: ausdrücklich von einer dem Beamten „obliegenden“ Amtshandlung zu sprechen.

Zu § 111 des revidirten Entwurfs wurden, nachdem dieser am 14. Februar 1870 dem Reichstage vorgelegt war, folgende Abänderungsanträge gestellt:

- 1) Von dem Abg. *Fries* und Genossen: „Der Reichstag wolle beschliessen, im § 111 in Zeile 4 und 6 zwischen den Worten „während“ und „einer Amtshandlung“ einzuschalten: *der gesetzmässigen Vornahme.*“<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Eine Uebersicht s. *Schwarze*, im Gerichtssaal, 1870, S. 146 ff. und *Holtzendorff*, in seinem Handb. d. Strafr. I. S. 131—133.

<sup>2)</sup> Beurtheilung des Entwurfs, Halle 1869, S. 45.

<sup>3)</sup> Stenogr. Ber. der Reichstagsverh. 1870, III. S. 294.



- 2) Vom Abg. *Plank*: „Der Reichstag wolle beschliessen, im § 111 Zeile 4 und 6 vor dem Worte „Amtshandlung“ einzuschalten: *innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen.*“ <sup>1)</sup>.

Bei der ersten Berathung des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs am 22. Februar 1870 wurde bekanntlich nach längerer Debatte mit grosser Majorität der Antrag des Abg. *Albrecht* zum Beschluss erhoben, für die Vorberathung des Strafgesetzbuches eine Commission von 21 Mitgliedern zu wählen und derselben jetzt schon den Abschnitt VIII. und die folgenden Abschnitte des zweiten Theils zu überweisen, im Uebrigen aber über die vorangehenden Abschnitte in die zweite Berathung einzutreten, welche denn auch in der Sitzung vom 28. Februar 1870 begonnen wurde und bis zum 21. März desselben Jahres soweit gediehen war, dass an diesem Tage bereits § 111 zur Discussion kam.

Wenn auch die erwähnten Abänderungsanträge lediglich in der Absicht gestellt waren, die künftige Praxis von der irrigen Meidung einer allenfalls gewollten unbedingten Strafbarkeit der Widersetzung definitiv zu bewahren (wohl mit besonderer Rücksicht auf die seit der Existenz des preuss. St.-G.-B. von 1851 gemachten Erfahrungen<sup>2)</sup>) und hiemit auch den doctrinären Streit zu Gunsten der einzig richtigen Ansicht zu entscheiden, so waren doch im Reichstage selbst, obgleich diesem bezüglich dieser wichtigen Frage nicht nur eine reiche Literatur, sondern namentlich die Erfahrungen der Praxis auf Grund der bisherigen particulären Codificationen zu Gebote stand, die Anschauungen und mitunter sehr divergirenden Begriffe über den Werth und die Tragweite jener Amendements keineswegs völlig klar, wozu allerdings nicht wenig der Zusammenhang beitrug, in welchem die hier beantragten Zusätze mit den zu andern verwandten Paragraphen vorgeschlagenen Abänderungen stehen.

Hieher gehören insbesondere die zu § 110 gestellten und vom Reichstage angenommenen Anträge, wonach die öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam nur gegen „*rechtsgültige*“ Ver-

<sup>1)</sup> Ebendas. S. 301.

<sup>2)</sup> s. oben S. 35, und n. 1.



ordnungen oder gegen die von der Obrigkeit „innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen“ Anordnungen strafbar sein solle.“<sup>1)</sup>

Diese Wechselbeziehung mochte es wohl bewirkt haben, dass während der längeren Debatten der zweiten Berathung kein die heutige Fassung des § 113 abzielender Antrag eingebracht, und das Wort „*rechtmässig*“, trotzdem manche Abgeordnete gegen den einen oder andern Antrag nur wegen dessen formellen Ausdrucks sich erklärten, von Niemand in Erwägung gezogen wurde; ja es ist geradezu merkwürdig, dass es erst der Herüberholung aus dem für das deutsche Criminalrecht doch nicht gerade wichtigen Vereinszoligesetze und der dritten Lesung im Reichstage bedurfte, um zum Erforderniss der „*rechtmässigen*“ Amtsausübung zu gelangen.

Der Inhalt der für die Interpretation dieses Begriffs höchst instructiven Ausführungen, wie sie in den Debatten des Reichstags enthalten sind, reproduzirt zum grossen Theil nur die in dieser Abhandlung bisher schon hervorgehobenen staatsrechtlichen und criminalpolitischen Gesichtspunkte für und gegen die beantragte rechtliche Qualifikation eines staatlichen Vollzugsactes.

Einer besondern Erwähnung an dieser Stelle bedarf daher nur dasjenige, was thatsächlich die Erkenntniss der practischen Bedeutung jenes Momentes fördert und seiner Auslegung und Anwendung im concreten Falle dienlich ist. Am besten wird hiedurch auch der Vorzug gerade des Ausdrucks: „*rechtmässig*“ vor den übrigen Amendements („*gesetzmässige Vornahme*“, „*innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen*“) anschaulich.

So gründet sich ein Hauptbedenken der Gegner des Ausdrucks „*gesetzmässige Vornahme*“ auf die Befürchtung, es möchte hieraus eine Befugniss zur Prüfung der *materiellen Voraussetzungen* der Zulässigkeit einer Amtshandlung gefolgert werden, was doch — wie besonders durch die in den betr. Reden angeführten Beispiele dargethan werden soll, — durchaus unstatthaft wäre.<sup>2)</sup>

Insbesondere ist es der Abg. *Plank*, der, um den Vorzug seines Antrags („*zuständig*“) vor dem des Abg. *Fries* in's rechte

<sup>1)</sup> s. hiezu *John*, in Holtzendorff's Handb. d. Strafr. III. S. 122—123.

<sup>2)</sup> Vgl. die Rede des Abg. v. *Brauchitsch*, Stenogr. Ber. 1870, I. S. 428.



Licht zu stellen, bei dieser Debatte in gleicher Weise wie schon bei der zu § 110 gegenüber dem *Fries'schen* Antrage (demzufolge die Aufforderung zum Ungehorsam nur gegen „gesetzlich gerechtfertigte Anordnungen der zuständigen Obrigkeit“ strafbar sein sollte), betont <sup>1)</sup>, es würde eine solche Fassung die Auslegung zulassen, dass es jedesmal auf die Prüfung ankomme, ob die materiellen Voraussetzungen, unter welchen das Gesetz die Vornahme einer Handlung gestattet, wirklich vorhanden seien oder nicht, und dass, wenn diese materiellen Voraussetzungen wirklich nicht vorlägen, dem Beamten Widerstand entgegengesetzt werden könne auch dann, wenn nach der Absicht des Gesetzes dem Beamten selbst die vorläufige Entscheidung darüber zustehen sollte, ob diese Voraussetzungen zutreffen.“

Diese Ansicht *Plank's* steht aber im vollsten Einklang mit der bisherigen Lehre, und wenn er schliesslich seinen Antrag, „dass jede Handlung eines Beamten, die *innerhalb seiner Zuständigkeit* liegt, geschützt werden muss, nur diese, aber diese unbedingt“ als klarer und correcter und jede Möglichkeit der obigen Deutung des Wortes „gesetzmässig“ ausschliessend zur Annahme empfiehlt, wäre dagegen kaum etwas einzuwenden, wenn nicht die Fassung des *Plank'schen* Amendements wieder an dem entgegengesetzten Fehler leiden würde, dass der Begriff dadurch mehr als nöthig eingeschränkt wird; so meint Abg. *Lasker* <sup>2)</sup>, bei richtiger Auslegung sei doch der Sinn der ganzen Frage der, dass kein Beamter eine Amtshandlung vornehmen dürfe, die nicht gerechtfertigt sei entweder in der Form oder im Inhalt durch das Gesetz. Auf Grund der *Plank'schen* Fassung sei es aber gleichwohl denkbar, dass ein Beamter vollständig innerhalb seiner Zuständigkeit, aber doch noch *formal gesetzwidrig* handle (Beispiel: Vornahme einer Haussuchung bei Nacht). Immerhin könne vielleicht die practische Bedeutung beider Anträge bei richtiger Handhabung der Begriffe identisch werden (so auch Abg. *v. Brauchitsch* und *v. Hoverbeck*) <sup>3)</sup>, aber der Wortlaut möchte doch vielleicht zu etwas Anderem missleiten

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 390 und 428.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 428.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 429—30.



und desshalb sei er (Abg. *Lasker*) lieber für den *Fries'schen* Antrag.

*Plank* sieht sich hierauf veranlasst, ausführlich auseinanderzusetzen<sup>1)</sup>, was er unter „Amtshandlungen, die ein Beamter innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommen habe“, eigentlich verstehe, Abg. Dr. *Schwarze* aber erachtet die Einschaltung dieser Worte überhaupt für unnöthig, denn eine von einem Beamten ausserhalb seiner Zuständigkeit vorgenommene Handlung sei gar keine Amtshandlung mehr; es sei daher der vernünftigen Auffassung des Richters zu überlassen, dass er nicht eine Amtshandlung da annehmen werde, wo von einem amtlichen Character der Handlung nicht die Rede sein kann.

Der Bundesbevollmächtigte, Staatsminister Dr. *Leonhardt*<sup>2)</sup> glaubt dagegen, es müsse aus Gründen der Consequenz, sowie aus Gründen, die in der Sache liegen, zu diesem Paragraphen ebenso wie zu § 108 (in heutiger Fassung § 110) beschlossen werden, d. h. auf Grund des *Plank'schen* Amendements.

Diese Consequenz will jedoch Abg. Dr. *Meyer* nicht zugeben; auch er ist der Meinung, das Wort „gesetzmässig“ treffe allein das Richtige, zumal wenn man unter „zuständig“ all das verstehen müsse, was Abg. *Plank* darunter verstanden wissen wolle; dem Abg. Dr. *Schwarze* und dessen Vertrauen auf die vernünftige Gesetzesauslegung durch den Richter hält Redner jedoch ein „ganz langes Verzeichniss von Erkenntnissen des preussischen Obertribunals entgegen, wo dieses Vertrauen bitter getäuscht worden ist<sup>3)</sup>“. Vor Schluss der Debatte spricht sich noch Abg. Dr. *Mende*<sup>4)</sup> zwar für die Fassung des Entwurfs aus, d. h. den Begriff der Amtshandlung hier ganz ohne Amendment im Paragraphen stehen zu lassen, verlangt aber wegen seiner eigenen Erfahrungen über den Begriff einer Amtshandlung im Sinne des preuss. Obertribunals eine Legaldefinition vom Hause selbst, welche für eine Amtshandlung nur „die auf Grund eines Gesetzes vollzogene Handlung“ erklärt.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 429.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 430.

<sup>3)</sup> a. a. O.; vgl. hiezu *Meyer*, Comm. z. St.-G.-B. f. d. nordd. Bund. S. 96, n. 3.

<sup>4)</sup> Stenogr. Ber. 1870, I. S. 430—31.



Bei der hierauf folgenden Abstimmung wurde der *Fries'sche* Antrag abgelehnt, dagegen das *Plank'sche* Amendement von der Majorität angenommen, wonach also § 111, welcher in Folge der bei der bisherigen Berathung gefassten Beschlüsse nunmehr die Ziffer 109 trägt, lautet:

„Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen oder Anordnungen der Verwaltungsbehörde oder von Urtheilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, während einer *innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung* durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während einer *in seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung* thätlich angreift etc. etc.“

(Al. 2 unverändert.)

Auf diese Fassung des Paragraphen bezieht sich nun der Abänderungsantrag vom Abg. *Lasker* und Genossen: „der Reichstag wolle beschliessen, zu § 109 Abs. 1: a) in der Zeile 4 und 5 statt der Worte „während einer innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung“, zu setzen: *in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes*; b) in Zeile 7 und 8 statt der Worte „während einer in seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung“ zu setzen: *während der rechtmässigen Ausübung seines Amtes* <sup>1)</sup>.“

Dieses Amendement wurde denn auch bei der am 24. Mai 1870 erfolgenden dritten Berathung von der Majorität ohne Debatte angenommen, nachdem nur Abg. Dr. *Meyer* <sup>2)</sup> die vorgeschlagene Aenderung als eine Reproduction des Princips, das wörtlich im Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 § 161 angenommen sei, empfohlen hatte.

So erhielt nun dieser Paragraph seine definitive Gestalt, und nach erfolgter Abstimmung über das Strafgesetz als Ganzes (in der Sitzung vom 25. Mai 1870) <sup>3)</sup> Gesetzeskraft in folgender endgültiger Fassung (nachdem er in Folge der Beschlüsse der

<sup>1)</sup> Stenogr. Ber. 1870, III. S. 744.

<sup>2)</sup> Ebendas. II. S. 1169.

<sup>3)</sup> Ebendas. II. S. 1187.



dritten Beratung der Reihenfolge nach zum § 113 geworden):

„Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urtheilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der *rechtmässigen Ausübung seines Amtes* durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten *während der rechtmässigen Ausübung seines Amtes* thätlich angreift etc. etc.“

(Al. 2. unverändert.)

Es ist nicht zu läugnen, dass der Ausdruck „Rechtmässigkeit“ wenn nicht gleichbedeutend, nur noch weiter und dehnbarer, als jener der „Gesetzmässigkeit“ ist, welcher durch die der zweiten Berathung folgende Abstimmung für beseitigt gelten konnte <sup>1)</sup>, obgleich die bei der zweiten Berathung geäußerte Ansicht des Abg. Dr. Meyer, dass der Begriff der „Zuständigkeit“, wie ihn der Abg. Plank gefasst wissen wollte, viel besser mit dem Worte „Gesetzmässigkeit“ ausgedrückt sei, manches für sich hatte, und in den Debatten genügend zum allgemeinen Bewusstsein gelangt war, dass es sich, in welcher Form auch eine nähere Qualifikation der Amtsausübung gesetzlich erklärt werden würde, hierbei niemals um eine Prüfung der „materiellen Voraussetzungen“, unter denen der betreffende obrigkeitliche Akt vom Gesetze gestattet sei, handeln könne. Es lag vielmehr den Aeusserungen aller Redner, gleichviel, ob sie für oder gegen das eine oder andere Amendement sprachen, der Gedanke zu Grunde, dass allein die *formalen Voraussetzungen* <sup>2)</sup> der Zulässigkeit für die Handlungen eines staatlichen Executivorgans in Frage kommen könne.

Gleicher Ansicht sind auch die Commentatoren des Reichsstrafgesetzbuchs <sup>3)</sup> und die neuste auf dem Boden des Reichsstraf-

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Blum, Strafgesetzb. f. d. nordd. Bund, S. 160.

<sup>2)</sup> s. oben S. 50.

<sup>3)</sup> s. Schwarze, Comm. S. 314—15; Oppenhoff, S. 226, n. 15 und 17; Rüdorff, S. 257; v. Kirchmann, S. 85; Meyer, S. 96, n. 3; Puchelt, S. 161, n. 4.



rechts stehende Doctrin und Praxis, welche sich (übereinstimmend mit der ältern gemeinrechtlichen<sup>1)</sup>) gleichfalls in diesem Sinne äussert<sup>2)</sup>).

Mit Präcision und Klarheit hebt namentlich *John*<sup>3)</sup> den Unterschied zwischen *Gesetzwidrigkeit* und *Gesetzmässigkeit* einer Amtshandlung einerseits und den Unterschied zwischen *richtigen* und *unrichtigen* Amtshandlungen anderseits hervor, welch' letzterer Unterschied überhaupt nur innerhalb der gesetzmässigen Amtshandlung gemacht werden könne, und meint, dem Gesetze zufolge sei jeder Widerstand gegen *gesetzmässige* Acte strafbar, unangesehen, ob diese *richtige* oder *unrichtige* waren, straflos sei aber Widerstand gegen *gesetzwidrige* Handlungen. Nur insoweit also ist ein Eingehen auf den materiellen Inhalt der Amtshandlung erforderlich und gestattet (s. „gesetzliche Bedingungen der Zulässigkeit“ § 9, 2, b. und § 13, I. 3). Namentlich aus einem Erkenntnisse des Ob.-Trib. vom 1. Dec. 1871<sup>4)</sup>), ergibt sich das Princip hiefür in fasslicher Kürze: Die nach den gesetz- oder verordnungsmässigen Normen *unzulässige*, also *ungesetzliche* Handlung kann *keine rechtmässige im Sinne des § 113 sein*, demnach dessen Schutz nicht geniessen; (immerhin aber ohne Rücksicht darauf, ob der amtliche Akt mit Bezug auf die den betreffenden Vollzugsorganen zustehende Freiheit der Entscheidung für Zweckdienlichkeit, Nützlichkeit und Vornahme desselben sich als ein concret *unrichtiger, zweckwidriger* darstellt)<sup>5)</sup>.

Dass übrigens diess Erforderniss der „Rechtmässigkeit“ auch auf den zweiten Absatz des § 113 bezogen werden muss, obwohl es dortselbst nicht ausdrücklich wiederholt ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Es ist dies ein blosser Redactionsfehler, keine absichtliche Ausnahme. Ein Erkenntniss des preuss. Obertribu-

<sup>1)</sup> s. oben S. 51 n. 2.

<sup>2)</sup> s. *Berner*, Lehrb. d. Strafr. 6. Aufl. S. 358; *Schütze*, Lehrb. d. Strafr. § 66, S. 264, Anm. 22; *Schulze*, preuss. Staatsr. I. S. 370; *Zeitschr. f. Rechtspf.* in Braunschweig, Jahrg. XVIII. S. 8—9; *Goltdammer*, Archiv XIX. S. 808—809, XX. S. 89—98, 197—199, 387—389, ebendas. *Schütze*, Studien etc. S. 367; *Holtzendorff*, Strafrechtszeitung, Jahrg. 1872, S. 312—315.

<sup>3)</sup> s. in *Holtzendorff's* Handb. d. Strafr. III. S. 120—123.

<sup>4)</sup> s. *Goltdammer*, Archiv XIX. a. a. O.

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu überhaupt *John*, in *Holtzendorff's* Handb. a. a. O.



nals vom 17. November 1871<sup>1)</sup> bemerkt in Bezug hierauf: Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung sei die principielle Voraussetzung der Strafbarkeit der entgegenstehenden Handlung und beherrsche somit den ganzen Inhalt des § 113 des St.-G.-B., — — — zudem erhelle aus den Reichstagsverhandlungen unzweifelhaft dieser Sinn des § 113, da dieser sonst bei einer entgegengesetzten Auslegung einen Widerspruch des zweiten mit dem ersten Absatze enthalten würde, der dem Gesetzgeber nicht aufgebürdet werden dürfe<sup>2)</sup>.

Diess Princip der „Rechtmässigkeit“ wiederholt sich auch im § 117 des R.-St.-G.-B., wo es sich um Widersetzung gegen Forst- und Jagdbeamte handelt, und muss daselbst natürlich im gleichen Sinne aufgefasst werden, da hier nur eine Unterart der Widersetzlichkeit überhaupt, wie sie § 113 aufstellt, mit Strafe bedroht ist<sup>3)</sup>. Das Fehlen des Wortes „rechtmässig“ am Schlusse des Abs. 1. des § 117, wo von dem thätlichen Argriff auf Forst- und Jagdbeamte die Rede ist, muss ebenfalls als auf einem Versehen beruhend angenommen werden, wofür sich die Literatur des R.-St.-G.-B. auch erklärt<sup>4)</sup>.

Auch die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, wie sie § 161 des Vereins - Zollgesetzes vom 1. Juli 1869 — bekanntlich das Analogon, dem das Princip für unser Strafgesetzbuch entlehnt wurde — bei der Widersetzung gegen Zollbeamte verlangt, umfasst natürlich dieselben begrifflichen Momente.

Hervorzuheben ist, dass durch die Stellung, welche die „rechtmässige Amtsausübung“ im Wortlaute des Gesetzes gefunden, dieselbe Thatbestandsmoment des Vergehens der Wider-

1) *Goltdammer*, Archiv XIX. S. 807.

2) Vgl. hiegegen *John*, in *Holtzendorff's Handb.* III. S. 120 u. Anm. 12.

3) s. *Schwarze*, Comm. S. 333; *Oppenhoff*, Comm. S. 238, n. 12; *Rüdorff*, Comm. S. 261, n. 2, *Blum*, Comm. S. 170, *Meyer*, Comm. S. 99, n. 2; Ueber die Widersetzlichkeit gegen Forst- und Jagdbeamte vgl. überhaupt *Schwarze*, *Gerichtsztg. f. Sachsen*, Jahrg. XV. S. 257 ff., und *Meves*, in *Holtzendorff's Strafrechtsg.*, Jahrg. 1872, S. 276 ff.

4) *Schütze*, in *Goltdammer's Archiv* XX. S. 366; *ders.* *Lehrb.* S. 269, Anm. 37; *Schwarze*, a. a. O.; *Oppenhoff*, Comm. S. 237, n. 1; *Rüdorff*, a. a. O.; *Meyer*, a. a. O.



setzlichkeit geworden, demnach als zu dessen thatsächlich festzustellenden Kriterien gehörend, Gegenstand des Anklagebeweises ist <sup>1)</sup>).

### § 11.

## 3. Das Verhältniss des Widerstandsrechtes gegen die Staatsgewalt zur Nothwehr.

Das Ergebniss der bisherigen Ausführung liesse sich demnach in Folgendem zusammenfassen:

Durch die Qualification der Amtshandlung als einer „rechtmässigen“ beim Vergehen der Widersetzlichkeit ist ein Recht des Widerstandes gegen die unrechtmässig handelnde Obrigkeit anerkannt, und diess Recht beruht auf dem Princip der Nothwehr<sup>2)</sup>. Das Recht der Nothwehr ist aber, wie wir zur Genüge gesehen, *auch ohne diese gesetzliche Bestimmung* für die Fälle grösster Gesetzesverletzung und verbrecherischer Excesse der Beamten unbedingt anzuerkennen. Zeuge hiefür sind die rückhaltslosen Aussprüche von Doctrin und Praxis selbst gegenüber solchen Gesetzen, welche keine besondere rechtliche Qualität der amtlichen Thätigkeit bei der Widersetzung fordern, also eine scheinbar absolute Strafbarkeit derselben aufstellen; auch da wird noch ein Widerstandsrecht<sup>3)</sup> gegen ein von der Staatsgewalt zugefügtes offenes Unrecht zugestanden, weil es sich eben aus den Grundsätzen über Nothwehr von selbst ergibt.

Nur die Absicht, jene Strafbarkeit noch weiter einzuschränken, dadurch, dass man von der Staatsgewalt die Beobachtung ihrer eigenen gesetzlichen Formen und Schranken schlechthin

<sup>1)</sup> Ueber die Vermuthung der Legalität und die nothwendige thatsächliche Feststellung vgl. *John*, in *Holtzendorff's Handb.* III. S. 119, Anm. 10.

<sup>2)</sup> Vgl. hiez u *Mittermaier* zu *Feuerbach*, § 201, n. XIII. und *Hepp*, *Staatsverbrechen* S. 186 ff.

<sup>3)</sup> So nach dem preuss. St.-G.-B. v. 1851, s. *Literatur* oben S. 35; ebenso verhielt es sich nach dem bayer. St.-G.-B. v. 1813 und 1861; hierher zählt auch das österr. St.-G.-B. v. 1852 und das kgl. sächsische v. 1855 u. 1868; vgl. hiez u oben S. 32—38.



fordert, wenn anders sie Gehorsam beanspruchen will, und sich nicht mehr damit begnügt, nur den von ihren Organen ausgehenden *verbrecherischen Handlungen* begegnen zu dürfen, rief in der Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte das Streben hervor, eine besondere Norm über den Charakter der obrigkeitlichen Thätigkeit als neues Moment in den Thatbestand der Widersetzlichkeit einzuführen und deren Strafbarkeit auch von *der formellen Rechtmässigkeit* jener abhängig zu machen.

Die Einführung dieses neuen Moments einerseits und das dargelegte Verhältniss der Nothwehrtheorie mit dem Widerstandsrechte gegen die öffentliche Gewalt anderseits macht aber auch erst recht klar, was *Schwarze*<sup>1)</sup> sagen will mit der Behauptung, in der Verweisung auf die allgemeinen Grundsätze der Nothwehr überhaupt liege jedenfalls eine Einschränkung, nicht eine Ausdehnung des Rechts zum Widerstande, und womit *Zachariae*<sup>2)</sup> übereinstimmt, wenn er meint, mit der Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften der Nothwehr würde die Straflosigkeit in viel zu geringem Umfange sanctionirt. Liegt ja doch gerade in der Aufstellung des Erfordernisses der „Rechtmässigkeit“ eine Ausdehnung des Widerstandsrechtes, bzw. eine Erweiterung des Begriffs des „*rechtswidrigen Angriffs*“ unter den sonstigen Voraussetzungen der Nothwehr, also eine Subsumtion verwandter Fälle unter ihr Princip.

„Das jetzt geltende Gesetz bestimmt: Diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff eines Beamten von sich, oder einem Andern abzuwenden, ist keine strafbare Handlung. § 113 aber setzt hinzu: Ein rechtswidriger Angriff eines Beamten liegt alsdann nicht vor, wenn der Beamte bei Vornahme derjenigen Handlung, welche auf Widerstand stiess, sich in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes befand.“<sup>3)</sup>

Hiemit ist auch die Aeusserung *Oppenhoff's*<sup>4)</sup> „es könne nicht jeder derartige Widerstand als Nothwehr gelten, da in

1) Comm. S. 322.

2) Im Archiv d. Crim.-R. 1843, S. 360.

3) *John*, in Holtzendorff's Handb. d. Strafr. III. S. 118.

4) Commentar, S. 227, n. 18—19.



den Ausschreitungen eines an sich zu einer Vollstreckungshandlung berufenen, gutgläubigen Beamten ein „gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff“ selten oder nie zu finden sei“ widerlegt, resp. auf ihr richtiges Mass zurückgeführt.

Diese Ansicht ist schon um desswillen unhaltbar, weil sie die Strafbarkeit des Beamten und dessen subjective Willensbeschaffenheit mit der Frage nach der Strafflosigkeit des entgegengesetzten Widerstands confundirt<sup>1)</sup>. Für letztere ist allein und *ganz objectiv* die Unrechtmässigkeit des Angriffs in ihrer Beziehung zu den die Befugnisse des Beamten bestimmenden Normen massgebend. Jede Abwehr eines solchen Angriffs kann folgerichtig nichts anders als Nothwehr sein. „Warum sträubt man sich denn aber, das Recht der Nothwehr auch hier anzuerkennen? Dies Recht ist doch, wenn irgend eines, keine Schöpfung des positiven Gesetzes, sondern ein Fundament des Rechtslebens, welches aus der innersten Natur des Rechtsbegriffs mit unerbittlicher Consequenz sich ergibt. Wer es hier nicht anerkennen will, der will nicht anerkennen, dass der einzelne Staatsbürger auch der Staatsgewalt gegenüber positive Rechte hat, die er, wie seine Privatrechte zu vertheidigen befugt ist. Das heisst aber nichts geringeres thun, als die Existenz des Rechts- oder Verfassungsstaates im Begriff überhaupt bestreiten!!“<sup>2)</sup>.

Jene Beziehung zum Nothwehrrechte äussert sich aber auch namentlich bei der Behandlung möglicher Excesse in der Ausübung des Widerstandsrechts auf Seite des sich Wehrenden. Ein solcher Excess muss selbstverständlich für diesen — die Einschränkung des R.-St.-G.-B. § 53 Abs. 3 natürlich ausgenommen — wieder eine neue Strafbarkeit begründen, und es ist sonach immer noch möglich, dass ein Widerstand, der über seine Grenzen hinausgegangen ist und mehr gethan hat, als zur augenblicklichen Abwehr des Unrechts erforderlich gewesen wäre — also z. B. im Falle eines ohne jeden Grund unternommenen thätlichen Angriffs auf den Beamten — als Widersetzlichkeit straflos, dagegen als Körperverletzung, Bedrohung etc. strafbar sein kann.

<sup>1)</sup> s. unten § 12.

<sup>2)</sup> Meyer, Comment. S. 6. (Zus. und Berichtigungen.)



Das ist denn auch *Oppenhoff*<sup>1)</sup> gerne zuzugestehen, dass eine Ausschreitung des Beamten den Widerstand dagegen nur insofern straflos machen kann, als dieser eben mit der Absicht einer Gegenwehr gegen diese Ausschreitung gerichtet war.

Ueberhaupt ist das Widerstandsrecht, wie es bisher in Betracht kam, nur als Gegenwehr des von einer unrechtmässigen Amtshandlung *Betroffenen* aufgefasst, der also ein *Interesse* daran hat, diesen rechtswidrigen Akt nicht über sich ergehen zu lassen. Will man aber den Widerstand und die thätlichen Angriffe, wie sie § 113 des R.-St.-G.-B. für den Thatbestand verlangt, auch auf dergleichen Handlungen Dritter und zwar in dem Sinne unbetheiligter Personen beziehen, dass diese nicht einmal nach dem Nothwehrprincip (R.-St.-G.-B. § 53) in die Lage kommen können, einen rechtswidrigen Angriff von einem Andern abzuwehren, so kann man, abgesehen von der Möglichkeit eines Excesses der Nothwehr, allerdings Fälle construiren, wo namentlich solch „thätliche Angriffe“ als Körperverletzung, Misshandlung etc., geahndet werden können<sup>2)</sup>.

Somit könnte dargethan sein, dass, wie oben<sup>3)</sup> behauptet, auch die *Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches* nichts Anderes, als das dortselbst im Allgemeinen aufgestellte Princip in sich begreift, d. h. nicht nur das Vorhandensein der formalen Voraussetzungen und gesetzlichen Bedingungen ihrer Zulässigkeit, sondern auch die Abwesenheit jeder andern groben Gesetzwidrigkeit und Ausschreitung seitens des Beamten.

## § 12.

### 4. Widerlegung unrichtiger Behauptungen in Bezug auf Nebenfragen.

Was die Forderung eines „*unersetzlichen Nachtheils*“ betrifft, welche *Oppenhoff* trotz des Nothwehrbegriffs im Reichs-

<sup>1)</sup> a. a. O. n. 20.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu *John*, in Holtzendorff's Handb. III. S. 118 Anm. 9.

<sup>3)</sup> s. S. 52.



strafgesetzbuche und seiner eigenen Ausführung hiezu wohl nur irrthümlich stellt<sup>1)</sup>, so kann diese hier ebensowenig wie für das gemeine Recht<sup>2)</sup> aufrecht erhalten werden, zumal der Legaltext des Nothwehrparagraphe für eine solche Annahme nicht die geringste Vermuthung noch sonst hierüber eine dahin zielende Bestimmung enthält.

Es ist vielmehr die Doctrin des neuen Reichstrafrechts<sup>3)</sup> darüber einig, dass es auf den grössern oder geringern Werth des vertheidigten Rechtes niemals ankomme, es also für die Statthaftigkeit der Nothwehr in keiner Weise entscheidend und diese nicht dadurch bedingt sei, dass das angegriffene Gut ein unersetzliches, der Verlust irreparabel, der drohende Schaden bedeutend oder doch bedeutender sei, als der dem Angreifer durch den Nothwehrract des Angegriffenen zugefügte. —

Ferner erübrigt noch die Klarstellung eines nicht minder wichtigen Punktes. Es herrscht nämlich vielfach das Streben vor, mit dem Begriffe der Rechtmässigkeit *das Willensmoment des ausübenden Beamten* in eine Beziehung zu bringen, deren Consequenzen geradezu bedenklich erscheinen müssen. Neben der objectiven Rechtswidrigkeit eines öffentlichen Aktes soll, um den Widerstand dagegen für gerechtfertigt zu erklären, noch das subjective Bewusstsein, der „gute Glaube“, die „gute oder bössliche“ Absicht des Beamten in Frage kommen.

Schon *Zachariae*<sup>4)</sup> verlangt nicht blos objective sondern auch subjective Widerrechtlichkeit, ohne jedoch die mögliche Straflosigkeit des dagegen stattgehabten Widerstandes gerade auf ein doloses Handeln zu beschränken, er will vielmehr auch die culpa des Beamten („wenn er leichtsinnig, mit Uebereilung oder leidenschaftlicher Verblendung verfährt“) berücksichtigen, dagegen Fälle entschuldbaren Irrthums ausgeschlossen wissen.

<sup>1)</sup> Comm. § 53 S. 121 n. 19 und S. 227, n. 18, 19.

<sup>2)</sup> s. oben S. 51—52.

<sup>3)</sup> s. namentlich die Commentare von *Schwarze*, S. 232, *Oppenhoff*, S. 121 n. 19, *Rüdorff*, S. 186, Anm. 4, *Schütze*, Lehrb. d. deutsch. Strafr. § 35 (S. 99), *John*, a. a. O.

<sup>4)</sup> Im Archiv d. Crim.-R. 1843, S. 370 und 375.



Auch *Kitz*<sup>1)</sup> fordert *dolus* oder *criminelle culpa* des Beamten, während *v. Jagemann*, wie schon Anfangs erwähnt<sup>2)</sup>, den Widerstand nur bei offenbar doloser Handlungsweise für straflos erklärt.

Die Literatur des preussischen Strafrechts (St.-G.-B. v. 1851) scheint gleichfalls auf das subjective Moment ein allzugrosses Gewicht zu legen, so verlangt *Goltdammer*<sup>3)</sup> zur Berechtigung einer Gegenwehr lediglich ein „doloses Amtsverbrechen“ und spricht in der weiteren Behandlung dieser Frage von „objectiver und subjectiver Ungesetzlichkeit“ sowie von „dolosen Ueberschreitungen“. In gleicher Weise nimmt *Rönne*<sup>4)</sup> an, eine Amtshandlung hänge auf, eine solche sein, wenn sie objectiv und subjectiv ungesetzlich sei, sowie auch *Oppenhoff*<sup>5)</sup>, um Nothwehr in solchen Fällen annehmen zu können, fordert, dass „der Beamte sich der Incompetenz oder Ungesetzlichkeit vollständig bewusst“ war. Dasselbe „Bewusstsein der materiellen Rechtswidrigkeit und (absichtlich) fälschliche Vorschützung des obrigkeitlichen Charakters“ auf Seite des Beamten muss auch nach dem Commentar zum bayerischen Strafgesetzbuche von 1861 von *Dollmann* (fortges. von *Risch*)<sup>6)</sup> als vorhanden angenommen werden, um Nothwehr gegen Amtshandlungen zulassen zu können.

Von der Literatur des deutschen Strafgesetzbuches spricht sich namentlich auch *Oppenhoff*<sup>7)</sup> dahin aus, dass von den Fällen abgesehen, wo eine gewisse amtliche Thätigkeit überhaupt nicht — in abstracto — in dem Kreis der Befugnisse des betreffenden Beamten gelegen sei, dieser sich bei Vornahme derselben bewusst sein müsse, dass es an einer gesetzlich genügenden Veranlassung dazu fehle, „sei es nun, dass er — — — eine amtliche Veranlassung fälschlich vorschützte oder dass er im Affecte (bewusster Weise) die Grenzen seiner Befugnisse überschritt.“ Selbst in den Fällen des Irrthums auf Seite des Beamten, wo also dieser

1) Im Archiv d. Crim.-R. 1846, S. 557.

2) s. oben S. 21.

3) Materialien II. S. 123—24.

4) Preuss. Staatsr. I. § 103, Anm. 4.

5) Preuss. St.-G.-B. § 89 (S. 160) n. 22.

6) II. S. 196.

7) S. 227. n. 17, 18—19.



das Vorhandensein der seine Thätigkeit bedingenden Veranlassung irriger Weise annimmt, soll eine derartige Handlung nicht den gewollten Character der Amtshandlung verlieren und immer noch den im § 113 gewährten Rechtsschutz geniessen.

Aber diese Betonung des subjectiven Moments kann in der That ein weiteres Begriffsmerkmal der Rechtmässigkeit, bezw. Rechtswidrigkeit einer Amtshandlung, nicht bilden.

Schon die Nothwehrtheorie begreift, richtig gefasst, diese nicht in sich. Als das Recht erlaubter Selbsthülfe, als die Befugniss, das Unrecht im Momente, wo es zugefügt wird, eben als solches von sich abzuwehren, muss es für die Nothwehr gleichgültig sein, ob der widerrechtliche Angriff dem Angreifer zugerechnet werden kann oder nicht. Aus diesem Grunde wird ja mit Recht eine Nothwehr auch gegen den Angriff eines Unzurechnungsfähigen behauptet. Das Hineinziehen der subjectiven Zurechenbarkeit beruht auf einer Verkennung der von der Strafe durchaus verschiedenen Natur der Selbstvertheidigung<sup>1)</sup>, deren Hauptgewicht eben in der sofortigen Abwehr des Unrechts liegt, mag diess nun ausgehen von Privaten oder von der obrigkeitlichen Gewalt selbst, von diesen beabsichtigt, verschuldet sein, oder nicht, während die Strafe durch ihre Aufgabe, mit der Tilgung der subjectiv-verbrecherischen Schuld zugleich die durch dieselbe negirte Rechtsordnung wieder herzustellen, naturgemäss die Zurechnungsfähigkeit, resp. den schuldhaften Willen des zu Bestrafenden voraussetzen muss.

Bei seinem Zusammenhange mit dem Wesen der Nothwehr kann aber auch für das Widerstandsrecht gegen rechtswidrige Akte der Staatsgewalt nicht auf Seite der Vollzugsorgane der Letzteren eine besondere subjective Verschuldung vorausgesetzt werden, denn das dem Unterthan zustehende Recht, sich selbst gegen die Obrigkeit zu wehren, wenn sie soweit aus ihren gesetzlichen Schranken heraustritt, dass sie materielles oder formelles Unrecht zufügt, kann eben schon diesem seinem Inhalte gemäss keine Rücksicht auf die subjective Seite der Widerrechtlichkeit involviren, welche dem Individuum, das davon betroffen wird, ja nur als solche sich darstellen, und eine Frage nach dem

<sup>1)</sup> s. *Levita*, Nothwehr, S. 186.



ihr zu Grunde liegenden Willensmoment ein für allemal abschneiden muss. Das objective Thatmoment der Handlung des Beamten liegt in ihrer Nichtübereinstimmung mit den Gesetzen, und nur in dieser Erscheinungsform tritt sie dem davon Betroffenen gegenüber, der wie wir gesehen haben, wohl befugt ist, nach der objectiven Berechtigung desjenigen zu fragen, der sich ihm als das Organ der höchsten Gewalt darstellt, dem aber nimmermehr zugemuthet werden kann — und zwar hier ebensowenig, wie im gewöhnlichsten Falle der Nothwehr gegen einen Privaten — in der ohnediess kritischen Lage, welche ihn als eine seine werthvollsten Güter bedrohende Gefahr umgibt, da es zur Rettung jener entschlossenes Handeln gilt, psychologische Untersuchungen darüber anzustellen, inwiefern der Gewaltact, von dem er bedroht wird, dem widerrechtlichen Angreifer wirklich zur Schuld zugerechnet werden kann<sup>1)</sup>.

Darin stimmen aber auch eine beträchtliche Anzahl Autoritäten überein, dass nur der *objectiv* rechtswidrige Angriff des Beamten als solcher, aber nie der für den Betroffenen völlig unerkennbare Seelenzustand desselben für die Strafbarkeit der Handlung in Frage kommen könne<sup>2)</sup>.

So sagt *Hepp*<sup>3)</sup> ausdrücklich, es komme nicht darauf an, „ob die obrigkeitliche Person aus bösem Willen oder nur aus Fahrlässigkeit, Unkenntniss, übertriebenem Amtseifer gesetzwidrig verfuhr, indem es nach den hier in Anwendung kommenden Grundsätzen von der Nothwehr lediglich auf das objective Moment — — — ankomme.

Auch *John*<sup>4)</sup> spricht es unumwunden aus, dass „auf das persönliche Meinen und Dafürhalten des Beamten oder des Widerstand Leistenden über die Rechtmässigkeit der vom Beamten vorgenommenen Handlung nichts ankommt.“ Die Hand-

<sup>1)</sup> s. *Levita*, a. a. O.

<sup>2)</sup> Vgl. *Köstlin*, System d. Strafr. I., S. 85; *ders.*, neue Revis. S. 725, Anm. 4; *Seeger*, Abhandlgn., S. 401; *Temme*, Lehrb. d. preuss. Strafr. 1853, § 44 (S. 212); *Levita*, Nothwehr, S. 199; *Schwarze*, Comm. S. 317, *Meyer*, Comm. S. 96, n. 3; *Schaper*, in *Holtzendorff's Handb. d. Strafr. II.* S. 124, Anm. 3.

<sup>3)</sup> Staatsverbrechen, S. 196—197.

<sup>4)</sup> In *Holtzendorff's Handb. III.* S. 118.



lung des Beamten, welche zu einem Widerstande führt, sei vielmehr selbst gewissermassen vor Gericht zu stellen; der Richter müsse eben die Frage nach der Rechtmässigkeit der Amtshandlung sich beantworten. Könne er dies mit *Ja*, so sei der Widerstand strafbar, sollte auch der Beamte des Glaubens gewesen sein, dass er die betreffende Handlung rechtmässig nicht vornehmen dürfe, oder sollte der Widerstehende seinen Widerstand für einen berechtigten gehalten haben. Beantworte der Richter dagegen jene Frage mit *Nein*, so sei der Widerstand straflos, gleichviel, ob der Beamte seinen Act für rechtmässig oder der davon Betroffene seinen Widerstand für ungesetzlich gehalten habe.

Diess mus aber selbstverständlich nicht nur für die Fälle verbrecherischer Excesse oder sonstiger Ausschreitungen des Beamten, sondern auch für jene Eventualitäten gelten, wo es der Amtshandlung an den formalen Voraussetzungen ihrer gesetzlichen Zulässigkeit fehlt, denn die Frage der Subjectivität muss, einmal aufgeworfen und in dem oder jenem Sinne entschieden, natürlich für das ganze Princip, das sich im Begriff der „Rechtmässigkeit“ verkörpert, identisch sein.

Mit der absoluten Ausscheidung jedes subjectiven Momentes ist natürlich auch, wie besonders aus der angeführten Ansicht von *Hepp* und *John* sich ergibt, der Irrthum des Beamten als irrelevant für den rechtlichen Character seiner Handlung beseitigt; selbstverständlich kann diesem eben dann keine Wirkung mehr beigelegt werden, wenn einmal die subjective Willensthätigkeit des öffentlichen Dieners als einflusslos sich ergeben hat, was allerdings nicht in dem Sinne aufgefasst werden darf, als ob wegen des geringsten Irrthums oder Versehens während einer sonst rechtmässigen Amtshandlung Widerstand sofort erlaubt wäre<sup>1)</sup>, vielmehr soll damit bloss ausgedrückt sein, dass<sup>2)</sup> eine Amtshandlung, welche ihrer gesetzlichen Voraussetzungen entbehrt, gleichviel, ob der Beamte sich in einem Irrthum über das Vorhandensein der seine Thätigkeit bedingenden Veranlassung befindet oder nicht, zum Widerstande immerhin berechtigt. Diess ist vor allem der Fall, wenn in Folge eines solchen Irrthums die obrigkeitliche

<sup>1)</sup> s. hierüber unten S. 86.

<sup>2)</sup> Entgegen *Oppenhoff*, Comm. S. 227, n. 17.



Handlung sich gegen eine Person oder Sache wendet, die davon nicht hätte betroffen werden sollen, z. B. bei der irrthümlichen Arretirung einer andern Person als der wirklich zu Verhaftenden.

Wollte man hier den Widerstand für strafbar crachten, so würde man die Frage nach der Haftpflicht und Strafbarkeit des Beamten mit der über das Recht des Widerstandes verwechseln, für welches die Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit eines Irrthums des Beamten niemals, sondern eben nur die objectiv rechtswidrige Seite des fraglichen Aktes, wie sie den Betroffenen berührt, in Betracht kommen kann, — „nicht der Beamte ist es, welchem der Widerstand geleistet wird, der als strafbar sich darstellt, sondern der Widerstand wird dem in der Handlung sich aussprechenden obrigkeitlichen Willen geleistet und dieser ist hier nicht vorhanden, der Beamte ist nicht mehr Vollstrecker des obrigkeitlichen Willens <sup>1)</sup>“.

Diese Nothwendigkeit der objectiven Beurtheilung der Rechtmässigkeit und Bedeutungslosigkeit des Irrthums des Beamten wird aber auch bereits durch die neueste Praxis des preussischen Obertribunals anerkannt. <sup>2)</sup>

Eine hievon ganz verschiedene und bei der Aufgabe vorwürfiger Abhandlung allerdings nur nebenbei zu erörternde Frage ist das Willensmoment beim Subjecte der Widersetzung selbst, also auf Seite des sich Wehrenden.

Wenn dieser schon selbstverständlich die Ansicht haben muss, sich dem ihm zugefügten Unrecht entgegen zu stellen und zu widerstehen, und nicht aus einem anderen Grunde als dem wirklich entgegengesetzter gerechter Nothwehr seine Strafflosigkeit begründen kann <sup>3)</sup>, so könnte allenfalls nur noch dessen

<sup>1)</sup> *Schwarze*, Comm. 317; vgl. auch *Meyer*, Comm. S. 96 n. 3; dagegen *Hahn*, Comm. z. St.-G.-B. f. d. norddeutsch. Bund, S. 61, n. 150 und die entgegenstehende frühere preussische Praxis: *Goltdammer*, Archiv XIV. S. 848, XV. S. 272; s. hiez u auch die Rede des Abg. *Mende*, Stenogr. Ber. 1870, I. S. 430, und *Schaper*, in *Holtzendorff's Handb. d. Strafr. a a. O.* und II, S. 142, Anm. 4.

<sup>2)</sup> Erk. d. Ob.-Trib. v. 28. Febr. 1872, *Goltdammer*, Archiv, XX. S. 198.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 66.



Irrthum über die Person des Beamten und über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung zu erörtern sein.

Müssen hier schon die allgemeinen Grundsätze über Irrthum (St.-G.-B. § 59) in Betracht kommen, so ist, was speciell den Irrthum über die Rechtmässigkeit und die dabei influirende Kenntniss der Beamteneigenschaft betrifft, allerdings nicht in Abrede zu stellen, dass diese Grundsätze in ihrer Anwendung bei der Widersetzung gegen obrigkeitliche Personen immerhin auf ihr äusserstes Mass<sup>1)</sup> zu beschränken sind, selbst wenn man die Vermuthung der Legalität gerade nicht als eine absolute und unbedingte annehmen will.

Die Beamteneigenschaft muss freilich dem Widerstand Leistenden nachweisbar bekannt gewesen sein<sup>2)</sup>. Diess vorausgesetzt kann die *Meinung* desselben über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, also auch ein eventueller Irrthum hierüber nur auf dessen Gefahr in Betracht kommen. Jener verfällt also der Strafe, wenn sich die von ihm angezweifelte Rechtmässigkeit später als eine in der That vorhandene ergibt. Es darf aber bei der Unabhängigkeit dieser Frage von dem Meinen oder Dafürhalten des Widerstehenden ebenso wie des Beamten nicht einmal eine Ermittlung sich darauf richten, ob der Angeklagte etwa geglaubt hat, der Beamte sei nicht rechtmässig thätig gewesen<sup>3)</sup>.

In diesem Sinne äussert sich auch die neueste Praxis des preussischen Obertribunals<sup>4)</sup>: — „Der Glaube des Angreifenden an den Mangel der Rechtmässigkeit entbehrt in gleichem Grade

<sup>1)</sup> s. hiezu *Schaper*, in Holtzendorff's Handb. a. a. O.; *John*, daselbst, III. S. 118 (vgl. oben S. 70) und *J. S. F. Böhmer*, Observ. ad Carpzov. Obs. 3 ad Quaest. 35.

<sup>2)</sup> s. *Weiss*, Comm. z. sächs. St.-G.-B. v. 1838, II. S. 78, Nr. 5; *Weiss*, Comm. z. bayer. St.-G.-B. v. 1861, I. S. 354; *Stenglein*, bayer. St.-G.-B. v. 1861, Ausg. 1870, S. 208, n. 10; *Rüdorff*, Comm. S. 257, n. 3; *Oppenhoff*, Comm. S. 228, n. 26; *Hahn*, Comm. S. 61, n. 150; *Blum*, Comm. S. 162, n. 8; vgl. hiezu auch das oben citirte Erk. d. pr. Ob.-Trib., *Goltdammer*, Archiv XX., S. 199; desgl. Erk. d. pr. Oberappellger. v. 6. Dezbr. 1871, *Stenglein*, Zeitschr. f. Gerichtspr. XI. S. 99.

<sup>3)</sup> *John*, a. a. O. S. 124—25.

<sup>4)</sup> s. cit. Erk. d. Ob.-Trib. a. a. O.



der Bedeutung, wie der Glaube des Beamten an die Rechtmässigkeit seiner Amtshandlung.“ — — — — —  
 „zum Thatbestande des in § 113 mit Strafe bedrohten Vergehens gehört nicht das Bewusstsein des Angreifenden, dass der Beamte rechtmässig handle“. — — —

Damit ist auch hier *Oppenhoff's*<sup>1)</sup> Ansicht, es könne aus Gründen thatsächlichen Irrthums über die Rechtmässigkeit eine Strafflosigkeit nur durch die *wirklich vorhandene innigste Ueberzeugung vom Gegentheil* ermöglicht werden, niemals aber durch Zweifel an derselben, selbst wenn sie noch so erheblich, zurückgewiesen.

### § 13.

#### 5. Casuistik.

Hat es sich bisher darum gehandelt, die „rechtmässige“ Amtsausübung nach der Seite ihrer theoretischen Begründung und Bedeutung hin zu beleuchten, so ist nun die practische Verwendbarkeit der erzielten Resultate des Nähern in's Auge zu fassen, um zu erfahren, was denn *im concreten Falle* als eine rechtmässige, was als eine rechtswidrige Amtsthätigkeit anzusehen ist.

Selbstverständlich kann jedoch hierbei *keine umfassende Casuistik* der ganzen Frage gefordert werden, es muss vielmehr genügen, nur auf die Haupttheile des Begriffs, wie er oben aufgestellt wurde, zu verweisen und die allgemein möglichsten Fälle unter ihre Grundprincipien zu subsumiren, wobei, wie schon geschehen<sup>2)</sup>, hervorgehoben werden muss, dass jener Begriff nicht nur für die Fälle, wie sie § 113, sondern auch für die, welche § 117 des R.-St.-G.-B. und § 161 des Vereins-Zollgesetzes vom 1- Juli 1869 normirt, massgebend sein muss.

Dem oben S. 52 aufgestellten Princip von der Rechtmässigkeit eines staatlichen Vollzugsaktes und der dortigen Ausführung zufolge kann:

<sup>1)</sup> Comm. S. 228, n. 28.

<sup>2)</sup> S. 62.



I. Ein rechtswidriger Akt eines obrigkeitlichen Executivorgans, dem es an den formalen Voraussetzungen seiner Zulässigkeit gebricht,

1) der ihm nöthigen äussern Form entbehren, welche das positive Recht zur Rechtsgültigkeit seiner Vornahme fordert.

Diese Form kann bestehen:

a) in einem die rechtsgültige Basis des fraglichen Aktes bildenden vorgängigen Verfahren, der Erlassung einer Verfügung, dem Vorhandensein eines Befehles, eines in concreto nothwendigen Auftrags u. s. w., bei dessen Mangel der Vollziehende ohne Titel handelt, seiner Thätigkeit sonach der Character einer amtlichen oder dienstlichen überhaupt nicht zukommen kann.

So ist z. B. abgesehen von der bloß polizeilichen Festnahme und der Verhaftung auf frischer That der Vollzug einer Verhaftung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung nur nach Ausfertigung (und Vorzeigung) eines gerichtlichen Haftbefehls statthaft <sup>1)</sup>, ebenso verhält es sich auch mit sonstigen processualen Sicherungsmassregeln, so sind z. B. zur selbstständigen, d. h. ohne besondern Befehl geschehenden Vornahme einer Haussuchung in Preussen die untergeordneten Organe der Polizeibehörden nie befugt <sup>2)</sup>. Auch jede Vollstreckung setzt eine von der massgebenden (durch das Gesetz oder eine dazu berufene) Behörde erlassene Anordnung voraus, also ein vollstreckbares Urtheil eines Gerichts oder einen Beschluss einer Verwaltungsbehörde oder eine sonstige Urkunde, welcher diese Eigenschaft zukommt <sup>3)</sup>.

b) Die Form einer obrigkeitlichen Handlung kann aber auch bestehen in einem zur Gültigkeit derselben nothwendigen einzel-

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Zachariae, im Archiv f. Crim.-R. v. 1843, S. 370; Erk. d. Obertrib. v. 7. Dez. 1855, Goltdammer, Archiv IV. S. 243; ders., Material. II. S. 123; Schwarze, Gerichtsztg. f. Sachsen, 1870, S. 51; Dollmann, Comm. z. bayer. St.-G.-B., II. S. 197, n. 19; preuss. Ges. v. 12. Febr. 1850, § 1; bayer. St.-G.-B. v. 1813, Th. II. Art. 124—128 und bayer. Strafprozessnov. v. 10. Nov. 1848, Art. 32 und 58; besonders aber R.-St.-G.-B. § 341.

<sup>2)</sup> s. preuss. Ges. v. 12. Febr. 1850, § 7—9; Neupr. Strafproc.-Ordg. § 93 ff.; R.-St.-G.-B. § 342; namentlich Erk. d. Obertrib. v. 4. Januar 1872. Goltdammer, Archiv XX. S. 89 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. z. B. bayer. Proc.-Odg. v. 29. Apr. 1869, Art. 821, 884, 886, u. a. m.



nen Erfordernisse des Verfahrens, bei dessen gänzlichem Fehlen oder sonstiger Mangelhaftigkeit das Versehen des Beamten für so gross gehalten werden muss, dass seiner Handlung der amtliche Charakter versagt wird. Hierher gehört namentlich die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften

aa) über die Vornahme polizeilicher Functionen seitens der damit betrauten Organe, so wenn in Preussen der die Ortspolizei handhabende Beamte seine Anordnungen persönlich ohne Zuziehung eines andern Executivbeamten ausführen will <sup>1)</sup>, (also z. B. ein Förster eine Haussuchung ohne Zuziehung des Ortschulzen) <sup>2)</sup>, oder wenn ein öffentlicher Bediensteter bei einer gleich angeordneten Verhaftung die Vorzeigung des schriftlichen Haftbefehles unterliesse <sup>3)</sup>;

bb) über das Verfahren bei Executionen, Verhaftungen, Haussuchungen u. dgl. seitens des Vollstreckungsbeamten, besonders was Zeit, Ort und sonstige Modalitäten ihrer Vornahme betrifft. So ist z. B. die Vornahme solcher Handlungen, besonders das Eindringen in Wohnungen in der Regel nur zur Tageszeit erlaubt <sup>4)</sup>, (auf Grund des § 113 des R.-St.-G.-B. erkennt das Obertribunal am 31. Januar 1872 <sup>5)</sup>, dass eine Abends nach 6 Uhr gegen den § 8 des Gesetzes vom 11. Febr. 1850 vorgenommene Strafverhaftung nicht als rechtmässige Ausübung des Amtes gelten könne); der Executor muss die Betheiligten von der ihm ertheilten Instruction in Kenntniss setzen und sich ihnen gegenüber als Beauftragter des Gerichts legitimiren <sup>6)</sup>, er muss nach den Bestimmungen mancher Landesgesetze zu gewissen Vollstreckungshandlungen, besonders aber sobald die Anwendung von

---

<sup>1)</sup> s. Erk. d. Obertrib. v. 7. Oktob. 1857, 19. März 1858, 26. Okt. 1864; *Goltdammer*, Archiv VI. S. 851, VII. 277, XIII. S. 60.

<sup>2)</sup> s. preuss. Ges. v. 12. Febr. 1850, § 11; Erk. d. Ob.-Trib. vom 11. April 1856; *Goltdammer*, Archiv IV. S. 551.

<sup>3)</sup> *Schwarze*, Comm. S. 315; *Dollmann*, Comm. z. bayer. St.-G.-B. I. S. 521, Anm. 35.

<sup>4)</sup> s. *Goltdammer*, Archiv V. S. 43; Stenogr. Ber. d. Reichstagsverh. 1870, I. S. 429; *Meyer*, Comm. S. 96, n. 3.

<sup>5)</sup> *Goltdammer*, Archiv XX. S. 98—99.

<sup>6)</sup> *Schwarze*, Ger.-Ztg. f. Sachsen 1870, S. 51.



Gewalt nothwendig wird, ferner in Abwesenheit des Exequen-  
den Zeugen beiziehen <sup>1)</sup>);

cc) über alle sonstigen Acte öffentlicher Beamter, welche  
im Vollzuge der Gesetze bestehen, z. B. die Erhebung von  
Steuern, Beweisaufnahme seitens der dazu befugten Richterperson,  
Vorladung oder zwangsweise Vorführung von Personen behufs  
ihrer Vernehmung <sup>2)</sup>).

c) Die Form eines staatlichen Vollzugactes besteht aber  
namentlich *in der rechtlichen Gestalt seiner Vornahme selbst*, also  
in dessen Form im engeren und eigentlichen Sinne, welche erst  
bewirkt, dass die physische Person des zur Repräsentation der  
öffentlichen Gewalt bestellten Beamten als eine obrigkeitliche  
Person und seine Handlungen als Akte der Obrigkeit erscheinen.

Wo demnach die Zulässigkeit der Handlung durch die Be-  
obachtung einer gewissen Form absolut bedingt ist, kann die  
Straflosigkeit eines Widerstandes gegen Akte, welche der in  
dieser Weise vorgeschriebenen Form entbehren, keinem Beden-  
ken unterliegen <sup>3)</sup>. Aeussere Abzeichen, Uniformen, Dienstzeichen  
etc. des betr. Beamten können auf den amtlichen Character der  
fraglichen Handlungen namentlich dadurch einen Einfluss üben,  
dass bei deren Mangel der Einwand des Irrthums des Thäters  
über die dienstliche Qualität des Beamten glaublich gemacht  
werden kann, sobald nämlich ein solcher Irrthum darin sich  
gründet, dass der vollziehende Beamte seine Uniform oder  
Dienstzeichen nicht getragen hat. Doch kann der angeführte  
Umstand für die Strafbarkeit keine Bedeutung haben, wenn der  
Thäter die zum Thatbestande der Widersetzung gehörigen Mo-

<sup>1)</sup> So z. B. bayer. Proc.-Odg. v. 29. Apr. 1869, Art. 847, Abs. 3 und  
Art. 849; preuss. Verordng. v. 30. Juli 1853, § 16, hiezu Erk. d. Ob.-Trib.  
v. 1. Dez. 1871; *Goltdammer*, Archiv XIX. S. 808.

<sup>2)</sup> Erk. d. preuss. Ob.-Trib. v. 20. Dez. 1865 und 16. November 1870:  
*Goltdammer*, Archiv, XIV. S. 223, XIX. S. 57; *Zeitschr. f. Rechtspf. in*  
*Braunschweig* Jahrg. XVIII. S. 9 u. 154; *John*, in *Holtzendorff's Handb. d.*  
*Strafr.* III. S. 116 und Anm. 2.

<sup>3)</sup> *Zachariae*, im Archiv f. Crim.-R. 1843, S. 370; *ders.* deutsch. Staats-  
u. Bundesr. I. S. 435; *Rönne*, preuss. Staatsr. S. 411 Anm. 4; *Goltdammer*,  
*Mater.* II. S. 123; *Dollmann*, Comm. z. bayer. St.-G.-B. II. S. 196 n. 17,  
*Stenglein*, bayer. St.-G.-B. Ausg. 1870, S. 208, n. 15; *Schwarze*, Comm. S. 315.



mente trotz des Umstandes, dass der betreffende Beamte seine Uniform oder sein Dienstzeichen nicht trug, gekannt hat <sup>1)</sup>).

Wo dagegen die vorgeschriebene Form nur zur Solennität, resp. civilrechtlichen Gültigkeit des Aktes gehört, da wird der Mangel dieser Form auch kein Recht des Widerstandes begründen können. Denn solche Solennitäten können die Pflicht des Gehorsams in keiner Weise beeinflussen, zumal ja dem Betroffenen durch spätere Geltendmachung der Formwidrigkeit vollständig geholfen werden kann <sup>2)</sup>).

Auch geringen Formfehlern bei der Vollziehung kann nicht das Gewicht beigelegt werden, den Widerstand gegen den ganzen Akt zu rechtfertigen, weil hiedurch noch keineswegs die rechtmässige Thätigkeit des Beamten aufgehoben wird <sup>3)</sup>).

2) Die Rechtswidrigkeit eines obrigkeitlichen Aktes kann aber auch darin gelegen sein, dass das Gesetz dem Beamten die Vornahme desselben unter keinen Umständen gestattet, dass er also zu der fraglichen Handlung *in örtlicher oder sachlicher Beziehung nicht zuständig* ist und sich eine obrigkeitliche Autorität anmasst, die ihm weder vermöge der ihm gewordenen amtlichen Stellung noch vermöge besonderen Auftrags zukommt <sup>4)</sup>).

<sup>1)</sup> s. oben S. 73; vgl. hiezu *Schwarze*, Comm. S. 315; *Weis*, Comm. z. bayer. St.-G.-B. I. S. 355; *Dollmann*, Comm. z. bayer. St.-G.-B. II. S. 193, Anm. 11, *Stenglein*, bayer. St.-G.-B. Ausg. 1870 S. 208, n. 10; *Chauveau et Hélie*, Code pénal, IV. S. 325; *Oppenhoff*, preuss. St.-G.-B. 4. Ausg. S. 159, n. 17; *Kitz*, im Archiv d. Cr.-R. 1846, S. 529.

<sup>2)</sup> *Zachariae*, im Archiv d. Cr. 1843 S. 370, und Anm. 38.

<sup>3)</sup> *Schwarze*, Comm. S. 322.

<sup>4)</sup> s. *Schwarze*, Comm. S. 315; *Rüdorff*, Comm. S. 257 n. 2; *Oppenhoff*, Comm. S. 226 n. 14; *Puchelt*, Comm. S. 161; Rede des Abg. *Plank*: Stenogr. Ber. d. Reichst.-Verh. 1870, I. S. 428 u. 429; *Levita*, Nothwehr, S. 199; *Köslin*, System, I. S. 85; *ders.*, neue Revis. S. 724; *Zachariae*, im Archiv d. Crim.-R. 1843, S. 371; *Henke*, Handb. d. Strafr. III. S. 203, *Temme*, Handb. d. preuss. Crim.-R. § 50, No. 1; desgl. Lehrb. d. preuss. Strafr., Ausg. 1853, § 128, (S. 621); *Schütze*, Lehrb. d. deutsch. Strafr. § 66 (S. 264), Anm. 23; *Berner*, Lehrb. d. Strafr. 6. Aufl. S. 358; *Krug*, Comm. z. sächs. St.-G.-B. v. 1855, S. 25, n. 5; *Chauveau et Hélie*, Code pénal, IV. S. 324; *John*, in *Holtzendorff's* Handb. III. S. 120 u. 123 nebst Anm. 18.



Hier ist vorzugsweise zu unterscheiden:

a) *Die örtliche und sachliche Zuständigkeit auf Seite des Vollstreckungsbeamten selbst*, a) wenn derselbe auf Grund des Gesetzes eine Handlung unbedingt nach seinem Ermessen über deren Zweckmässigkeit und Nothwendigkeit vornehmen kann, also zu deren *selbstständiger Vornahme* durch einen mit seinem Amte in Verbindung stehenden, *ständigen, generellen Auftrag* berufen war. Wenn die amtliche Thätigkeit eines staatlichen Vollzugsorganes überhaupt sich in bestimmten Handlungen äussert und der Beamte ohne speciellen Auftrag im einzelnen Falle vermöge des ihm im Allgemeinen gewordenen Berufs zur Vollstreckung der Gesetze thätig werden kann, dann ist derselbe natürlich ohne Weiteres zur Vornahme solcher Handlungen legitimirt<sup>1)</sup>.

Daraus folgt, dass Polizeibeamten, wenn sie in Ausführung des ihnen im Allgemeinen gewordenen Berufs zu einer polizeilichen Massnahme, wozu sie eines speciellen Befehls der vorgesetzten Behörde nicht bedürfen, schreiten, kein Widerstand geleistet werden darf<sup>2)</sup>, sie befinden sich selbst ohne jede territoriale Competenzabgrenzung — in Abweichung von der Regel, dass der Beamte nur innerhalb seines Sprengels zuständig ist — stets in Ausübung ihrer Funktion, ja sie sind sogar dann, wenn der Anlass ihres Erscheinens an einem Orte ein nicht amtlicher ist, verpflichtet, daselbst ihr Amt wahrzunehmen, sobald sie dazu Grund haben<sup>3)</sup>.

Vorausgesetzt ist hierbei nur, dass Handlungen der fraglichen Art am fraglichen Orte im Allgemeinen in den Bereich der Amtsbefugniss des betreffenden Beamten gehören, und er dieselben in der äusserlich erkennbaren Absicht, Pflichten, welche ihm sein Amt auferlegt, oder damit verknüpfte Rechte auszuüben, vornimmt, also unter ausdrücklicher oder stillschweigender Bezugnahme auf die gesetzlichen Bestimmungen, die ihn zu der frag-

<sup>1)</sup> *Schwarze*, Comm. S. 321.

<sup>2)</sup> Erk. d. Ob.-Trib. v. 13. Oct. 1856 u. 10. März 1869: *Oppenhoff*, Rechtssprechung des kgl. Obertrib. X. 137; *Oppenhoff*, Comm. S. 226, n. 13; *Hahn*, Comm. S. 61, n. 151; Erk. d. Ob.-Trib. v. 5. Juli 1872: *Goltdammer*, Archiv XX. S. 391.

<sup>3)</sup> *Schwarze*, Comm. S. 322.



lichen Handlung berechtigen und die Voraussetzungen der Zulässigkeit derselben enthalten<sup>1)</sup>.

Diess und nichts anderes kann unter dem Ausdrucke „materiell rechtmässig“ verstanden werden, welche Eigenschaft ein Erkenntniss des Obertribunals vom 27. September 1871<sup>2)</sup> für die von einem Executivbeamten auf Grund allgemeiner Dienstinstruction vorgenommene Amtshandlung verlangt, *nicht aber die concrete Richtigkeit ihrer Vornahme*, die dem Beamten anheimgestellt werden muss, und vermöge welcher er prüft, ob die in seinem Berufe im Allgemeinen liegenden und in concreto durch das Gesetz gerechtfertigten Handlungen auch in dem vorliegenden Falle wirklich vorzunehmen, zweckdienlich oder nützlich seien, also z. B. die Untersuchung darüber, ob eine Gefahr im Verzug, Fluchtgefahr etc., wirklich vorliege bei einem Anlasse, wo das Gesetz dem Beamten die Vornahme einer Handlung nur für den Fall gestattet, dass die Bedingung derselben thatsächlich eingetreten sei.

In Betreff des Vorhandenseins dieser Momente kann der Beamte sich irren, sein Act wird dadurch aber nur ein materiell unrichtiger, kein gesetzwidriger, dasselbe ist der Fall, z. B. bei Auflösung eines Vereins, einer Versammlung durch den zuständigen, auf Grund der gesetzlichen Voraussetzungen hiefür handelnden Beamten<sup>3)</sup>.

Dagegen handelt der Beamte nicht mehr innerhalb seiner Zuständigkeit bei Vornahme eines Aktes, der überhaupt nie zu seinen dienstlichen Obliegenheiten gehören kann<sup>4)</sup>, oder wenn derselbe Handlungen, zu denen er an sich berechtigt ist, unter Umständen, an einem Orte oder zu einer Zeit ausübt, wo ihm die Befugniss zu ihrer Vornahme gesetzlich gar nicht zusteht; hier trägt dessen Thätigkeit als ganz ausserhalb der Amtssphäre

1) Rede des Abg. Plank, stenogr. Ber. 1870, I. S. 429; Goltdammer, Archiv, V. S. 45.

2) Goltdammer, Archiv, XIX, S. 809; vgl. auch unten S. 82, n. 1.

3) Vgl. hiezu oben S. 50 u. 61; preuss. Ges. v. 12. Febr. 1850 (z. Schutz persönl. Freiheit) und v. 11. März 1850, § 5, 6, 8 (Vereins- u. Vers.-Recht), sowie überhaupt hiezu John, in Holtzendorff's Handb. III. S. 122.

4) s. Erk. d. Ob.-Trib. v. 26. Juni 1872, Goltdammer, Archiv XX, S. 387—389.



liegend von vornherein den Character einer Amtshandlung nicht an sich und kann mithin auch nicht den Schutz einer solchen beanspruchen<sup>1)</sup>.

β) Wenn aber der Beamte nur in Folge *eines für den Einzelfall erlassenen Befehls, einer besondern Anordnung der ihm vorgesetzten Behörde* zu einem Vollzugsacte berufen ist, dann ist er von der Erlassung und dem Inhalte dieser Verfügung insofern abhängig, als darin die Bedingung und objective Grenze seiner Zuständigkeit liegt, er also ohne dieselbe nicht rechtmässig thätig werden kann<sup>2)</sup>, weil ihm hiezu die nöthige selbstständige Befugniss, somit seiner Handlung der Character der Amtlichkeit fehlt. Desshalb muss diese Verfügung so geartet sein, um den vollstreckenden Beamten zu ermächtigen auf Grund derselben zu einem Zwangsvollzuge überzugehen<sup>3)</sup>, und er hat hier unbedenklich *seinerseits* zu prüfen, ob der ertheilte Auftrag sowohl in örtlicher als in sachlicher Beziehung innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse liegt. Doch können Mängel eines ergangenen höheren Befehles in solchen Fällen, wo der Beamte schon zur selbstständigen Vornahme der fraglichen Handlung berufen war, die Loyalität seines Verfahrens nicht weiter beeinträchtigen<sup>4)</sup>, wogegen dann, wenn die Thätigkeit des Unterbeamten lediglich durch einen höheren Befehl bedingt ist, die Unrechtmässigkeit des Letzteren dadurch nicht zu einer Rechtmässigkeit wird, dass mit der Vollstreckung ein untergeordneter Beamter beauftragt ist<sup>5)</sup>. Hiebei müssen natürlich die Momente ausser Betracht bleiben, die der Cognition des Vollziehungsbeamten überhaupt

<sup>1)</sup> Erk. d. Ob.-Trib. v. 21. Febr. 1856 u. 20. Nov. 1862: *Goltdammer*, Archiv, V. S. 36, XI. S. 124; *Hufnagel*, Comm. z. württemb. St.-G.-B. I. S. 446.

<sup>2)</sup> s. oben sub Ziff. 1, a), (S. 75).

<sup>3)</sup> *Oppenhoff*, Comm. S. 226, n. 15.

<sup>4)</sup> Erk. d. Ob.-Trib. v. 22. April 1870: *Oppenhoff*, Rechtsspr. d. Ob.-Trib. XI. 257; *Oppenhoff*, Comm. S. 226, n. 15, a. E.

<sup>5)</sup> Erk. d. Ob.-Trib. v. 19. Januar 1872: *Goltdammer*, Archiv, XX, S. 95; *John*, in *Holtzendorff's Handb.* III. S. 119, über den widerrechtlichen Befehl etc. vgl. namentlich: *Schaper*, in *Holtzendorff's Handb.* II, S. 123—125, und die dort angeführte Literatur; *Geyer*, *ebendas.* S. 352—53 u. Anm. 1—6; *Berner*, Lehrb., 5. Aufl. S. 137; *Schütze*, Lehrb. S. 97; s. unten S. 83.



entzogen sind, also die *materielle Gültigkeit* des *Auftrags* betreffen <sup>1)</sup>, ob z. B. die ihm vorgesetzte Behörde im einzelnen Falle von ihren Amtsbefugnissen einen angemessenen Gebrauch gemacht hat.

Im Uebrigen bleibt der Befehl der zuständigen Behörde wirksam, bis er wieder von derselben zurückgenommen, oder bis dem Vollstreckungsbeamten in zweifelloser Weise bekannt geworden ist, dass dasjenige, was ihn zur Vollstreckungsmassnahme berief, inzwischen durch eine Thatsache, welche die Vollstreckbarkeit (objectiv) aufhebt, diese seine Wirksamkeit verloren habe <sup>2)</sup>.

Selbstverständlich müssen solche Befehle, Anordnungen und Urtheile, welche zu Executivacten berechtigen, in der vorschriftsmässigen Form ergangen sein, während ihr Inhalt, sobald er nur nicht in etwas gesetzlich absolut Unzulässigem, in offenbarem Unrecht besteht <sup>3)</sup>, bei deren Vollzug für die Frage des Widerstands nicht in Betracht kommen kann <sup>4)</sup>.

b) Namentlich muss aber auch *auf Seite der Behörden und Gerichte*, deren Befehle, Verfügungen, Urtheile etc. vollstreckt werden sollen, *die Zuständigkeit zu deren Erlassung vorhanden sein*. Während für die Anordnungen der Verwaltungsbehörden, — welche, da sie practische Zwecke verfolgen, viel eher Gefahr laufen, ihre Competenz zu überschreiten <sup>5)</sup>, deren Verfügungen überhaupt zu ihrem Vollzuge in unmittelbarstem und jedenfalls in einem ganz anderen Verhältnisse stehen, als gerichtliche Erkenntnisse zu ihrer Execution, — die concrete Zuständigkeit in örtlicher und sachlicher Beziehung zu fordern ist, damit ein gegen deren Vollstreckung statthabenden Widerstand als strafbar betrachtet werden kann, ist die Vollstreckbarkeit gerichtlicher Verfügungen, zumal der Urtheile *durch die Zuständigkeit des*

<sup>1)</sup> *Abegg*, Untersuchungen a. d. Gebiete der Strafr.-Wissensch. S. 98; Erk. d. Ob.-Trib. vom 13. März 1872: *Goltdammer*, Archiv XX. S. 198, ebenso Erk. d. Ob.-Trib. v. 27. Sept. 1871: *Goltdammer*, Archiv, XIX. S. 809; s. bes. noch cit. Erk. v. 19. Jan. 1872, a. E.; Zeitschr. f. Rechtspf. in Braunschweig, Jahrg. XVIII, S. 9—10.

<sup>2)</sup> *Oppenhoff*, Comm. S. 226, n. 16; *Meyer*, Comm. S. 96, n. 3.

<sup>3)</sup> s. unten sub Ziff. 3, S. 83—84, auch oben S. 80.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezü überhaupt oben S. 50 u. 61.

<sup>5)</sup> *Beseler*, Comm. z. preuss. St.-G.-B. S. 256.



*Gerichts für den betreffenden Einzelfall* nicht bedingt (weil die Prüfung derselben schon eine solche über die materiellen Voraussetzungen wäre), sondern nur nothwendig, dass diesem *im Allgemeinen die Befugniss* beiwohnt, Verfügungen der fraglichen Art wirksam zu erlassen, dass es sich also in abstracto innerhalb des Kreises seiner Competenz gehalten habe. Ist diess nicht der Fall, so befindet sich auch der mit der Ausführung beauftragte Vollstreckungsbeamte bei dieser Ausführung nicht in der rechtmässigen Ausübung des Amtes<sup>1)</sup>. Die Meinung *Oppenhoff's*, dass der die Unzuständigkeit Behauptende sie im gerichtlichen Verfahren, wo die betreffende Widersetzung verhandelt werden soll, als Einwand geltend zu machen habe<sup>2)</sup>, ist mit Rücksicht auf das oben (S. 62—63, namentlich S. 71) Gesagte wohl nur auf den Fall zu beschränken, dass der Richter unterlassen habe, diesen Umstand ex officio zu berücksichtigen.

3) Es können aber auch einem obrigkeitlichen Acte abgesehen von dessen formaler Seite die positiv-gesetzlichen Grundbedingungen seiner rechtlichen Möglichkeit fehlen, so dass also die betreffende Handlung als eine gesetzlich absolut unzulässige, als offenes Unrecht sich characterisirt und dadurch aufhört, ein zum Gehorsam verpflichtender Akt obrigkeitlicher Autorität, resp. Gegenstand einer strafbaren Widersetzung zu sein. So ist für den Vollzug eines Gesetzes, einer Verordnung, die gehörige verfassungsmässige Entstehung und Erlassung die normale Grundlage, ohne welche jener als ein rechtmässiger nicht erscheinen kann. (Nur darf es sich nicht um polizeiliche Functionen u. s. w. handeln, die nach den Grundsätzen unter 1 und 2 zu beurtheilen sind, mögen sie auch den Vollzug solcher Gesetze betreffen)<sup>3)</sup>. Der Character der Rechtmässigkeit

<sup>1)</sup> Erk. d. Ob.-Trib. v. 19. Januar 1872: *Goltdammer*, Archiv, XX. S. 95; *Oppenhoff*, Comm. S. 226, n. 15; *Rüdorff*, Comm. S. 257, n. 2; *Goltdammer*, Mater. z. preuss. St.-G.-B. II. S. 122; *Dollmann*, Comm. z. bayer. St.-G.-B. II. S. 195, n. 17; *Stenglein*, bayer. St.-G.-B. 1870, S. 208, n. 15—16; *Zachariae*, Archiv d. Cr. 1843, S. 371, No. 3; *Rotteck und Welcker*, Staats-Lex., VIII. S. 233; *Häberlin*, Grunds. d. Cr., II. S. 115; *Schütze*, Lehrb., § 66, Anm. 22; vgl. hiezu überhaupt auch oben S. 81—82.

<sup>2)</sup> s. *Oppenhoff*, Comm., a. a. O.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu *John* in *Holtzendorff's* Handb. III. S. 102 ff. u. S. 122.



muss sonach der Vollziehung eines nicht gehörig verkündeten Gesetzes, einer ohne die ministerielle Contrasignatur erlassenen Verordnung abgehen<sup>1)</sup>. Hierher gehören auch solche Akte der Behörden, welche durch das positive Gesetz allgemein für unzulässig erklärt sind, z. B. Vollzug eines ohne jede Verhandlung, ohne jedes rechtliche Gehör erlassenen Urtheils, einer gesetzwidrigen Strafart, ebenso die Anwendung eines dem betreffenden Beamten für seinen Wirkungskreis untersagten Zwangsmittels, z. B. dem Untersuchungsrichter die Anwendung des Stockes, der Folter, die Anordnung körperlicher Züchtigung des Verhafteten oder Strafgefangenen, Zufügung einer Strafe für ein bereits getilgtes Verbrechen<sup>2)</sup>, offenbar gesetzwidrige Wahl der Vollstreckungsmittel, objectiv rechtswidrige Verhaftung, Vornahme polizeilicher Functionen ohne die hiezu erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen<sup>3)</sup> u. s. f.

Dagegen kann unter diese Fälle nicht gerechnet werden, die Ausführung eines in aller Form Rechtens ergangenen rechtskräftigen Urtheils, selbst wenn es eine wegen mangelnden Beweises oder richterlichen Irrthums ungerechte Verurtheilung enthielte; ebensowenig auch die Beitreibung einer sonst gesetzmässigen Steuer, wodurch sich der Steuerpflichtige für überbürdet zu erachten gerechten Grund hat, oder die Verhaftung eines Verdächtigen, wenn auch in der That Unschuldigen, u. dgl., weil hierin eben eine Prüfung der materiellen Voraussetzungen jener staatlichen Acte liegen würde, welche für den Widerstand

---

<sup>1)</sup> Zachariae, deutsch. Staats- u. Bundesr., I, S. 435; Rotteck u. Welcker, Staatslex. VIII, S. 233.

<sup>2)</sup> Zachariae, Archiv d. Cr. 1843, S. 396, No. 1; Seeger, Abhandlgn. S. 309–310; Köstlin, System, I. S. 85; Berner, Lehrb., 5. Aufl. S. 530, Anm. 2; Dollmann, Comm. z. bayer. St.-G.-B., I. S. 522, Anm. 37, II. S. 196, Anm. 18; Schütze, Lehrb., § 66, Anm. 22; Zeitschr. f. Rechtspflege in Braunschweig, Jahrg. XVIII. S. 7–8; R.-St.-G.-B. §§ 343, 344, 345.

<sup>3)</sup> Zachariae, Archiv, 1843, S. 370, No. 1; Dollmann, a. a. O., I. S. 522, Anm. 37; John, a. a. O. 122; namentlich über den Begriff „objectiv rechtswidrige Verhaftung“ und dessen Casuistik vgl. Stemmann, in Behrend's Zeitschrift für deutsche Gesetzgebung und einheitl. deutsches Recht, VI. Bd. (1872) S. 306.



gegen dieselben, wie oben <sup>1)</sup> nachgewiesen ist, nie in Betracht kommen darf<sup>2)</sup>.

II. Die Rechtmässigkeit einer Amtshandlung kann aber auch trotz des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Vornahme dadurch aufgehoben werden, dass sich der Executivbeamte während des Vollzugsactes oder durch dessen Vornahme selbst eine Ausschreitung zu Schulden kommen lässt, welche den amtlichen Charakter jenes Aktes ganz oder theilweise vernichten muss, entweder:

a) dadurch, dass sich dieselbe als ein gewaltthätiger, mit dem Amte oder Dienste in keiner Beziehung stehender, also verbrecherischer Angriff des betr. Beamten darstellt; hier hört die Amtshandlung da auf, wo der Excess beginnt (z. B. Körperverletzung des Exequenden durch den Executor, Angriffe auf die Schamhaftigkeit einer verhafieten Frauensperson u. s. w.). Denn sobald ein Verbrechen in der Form jener begangen wird (namentlich solche nach R.-St.-G.-B. § 339 ff.), sobald der Beamte in dieser Weise selbst criminell handelt, steht er ausserhalb des gesetzlichen Schutzes und muss es sich gefallen lassen, dass der Angegriffene sich solch unbefugter Misshandlung durch Vertheidigung erwehrt und ihn als Excedenten in seine Grenzen zurückweist<sup>3)</sup>;

b) oder dadurch, dass dem Beamten sonstige gröbere Ausschreitungen zur Last fallen, welche die rechtliche Reinheit des staatlichen Vollzugsactes erheblich zu trüben geeignet sind<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> s. S. 50 u. 61.

<sup>2)</sup> s. Hälschner, System des preuss. Strafr. I. S. 264; Meyer, Comm. S. 96, n. 3; Zeitschr. f. Rechtspflege in Braunschweig, Jahrg. XVIII. S. 9—10.

<sup>3)</sup> s. Grävell, N. Archiv d. Cr. III. S. 283; Jagemann, Archiv d. Cr. 1842, S. 599, Anm. 18; Arnold, ebendas. 1843, S. 397 u. 399; Zachariae, ebendas. 1843, S. 369, No. 1; Berner, ebendas. 1848, S. 558 u. 571; Jarke, Handb. d. Strafr., I. S. 146; Geib, Lehrb. d. Strafr., II. S. 228; Zöpfl, Staatsr., II. § 283 (S. 7); Rönne, preuss. Staatsr., I. § 103, Anm. 4; Rotteck und Welcker, Staats-Lex. XI. S. 679; Oppenhoff, preuss. St.-G.-B. § 177 (S. 277), n. 7; Goltdammer, Mater. z. preuss. St.-G.-B., II, S. 123; Dollmann, Comm. z. bayer. St.-G.-B., I. S. 521, Anm. 36, II. S. 196, Anm. 17; Stenglein, bayr. St.-G.-B., 1870, S. 298, n. 15; Zeitschr. f. Rechtspflege in Braunschweig, Jahrg. XVIII. S. 8, Anmerkung; Oppenhoff, Comm., § 215, (S. 368) n. 5.

<sup>4)</sup> s. Rüdorff, Comm., S. 275, No. 4.



Die Ausschreitung muss sonach von so bedeutender Schwere sein, dass dadurch der Character der Amtshandlung, wenn nicht gänzlich aufgehoben, so doch wesentlich alterirt wird. Wann diess der Fall sei, lässt sich mit einem allgemein durchgreifenden Princip nicht wohl feststellen, sondern ist eben quaestio facti<sup>1)</sup>. So beendigt nicht jedes Versehen des Beamten bei Ausführung der Amtshandlung den Character der letztern als solcher<sup>2)</sup>; ohne Zweifel ist z. B. eine grobe Ueberschreitung in der Wahl der Vollstreckungsmittel seitens des Executors hiezu im Stande<sup>3)</sup>, wogegen aber nicht gerade jeder Executor, der sich in der Wahl derselben vergreift, aufhört, in Ausübung seines Amtes sich zu befinden<sup>4)</sup>.

Aber auch bloße Unziemlichkeiten des Beamten bei der Amtshandlung können weder den Character des Beamten noch den der Amtshandlung aufheben, so z. B. wenn ein Beamter regelrecht verfährt, aber betrunken ist<sup>5)</sup>. Freilich wird es hierbei stets auf den Grad der Trunkenheit ankommen. Es ist immerhin denkbar, dass selbst ein einigermaßen betrunkenener Beamter seine Amtshandlung gehörig vornimmt. Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass einem Beamten, der in solchem Grade betrunken ist, dass er nicht regelrecht zu verfahren im Stande ist, dazu aber doch einen Versuch macht, mit Recht Widerstand geleistet, er also z. B. vor die Thüre gesetzt werden kann.

Die Judicatur des preussischen Obertribunals auf Grund des preuss. St.-G.-B. von 1851 war bezüglich dieser Ausschreitungen eine sehr verschiedene. So wurde erkannt, dass ein zur Ungebühr pfändender Förster sich nicht in Vornahme einer Amtshandlung befände<sup>6)</sup>, dass dagegen ein bei einer solchen Pfändung unterlaufenes Versehen nicht in allen Fällen den Character der

<sup>1)</sup> *Goltdammer*, Archiv, V. S. 42—43.

<sup>2)</sup> s. *Oppenhoff*, Comm., S. 227, n. 20; Erk. d. Ob.-Trib. v. 9. Decbr. 1869: *Oppenhoff*, Rechtsspruch. d. Ob.-Trib. X. 775.

<sup>3)</sup> s. oben S. 84.

<sup>4)</sup> s. *Schwarze*, Comm., S. 322; über geringe Formfehler beim Vollzuge s. oben S. 78.

<sup>5)</sup> *Schwarze*, Comm., a. a. O.

<sup>6)</sup> Erk. d. Ob.-Trib. v. 2. März 1855: *Goltdammer*, Archiv, V. S. 35.



Amtshandlung aufheben könne<sup>1)</sup>, z. B. die Zuziehung eines andern als des eigentlich competenten Dorfrichters<sup>2)</sup>.

Unter der Herrschaft des R.-St.-G.-B. erkennt das Obertribunal in einem Urtheil vom 17. Januar 1872<sup>3)</sup>, dass ein Förster, der bei einer Jagdpolizeicontravention eine Pfändung vornimmt, in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes sich befinde.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn ein Beamter über das, was ihm nach Gesetz, Verordnung oder Dienstesinstruction oder dem ihm ertheilten besondern Auftrag oblag, in offener Ueberschreitung seiner dienstlichen Befugnisse hinausgegangen ist und Widerstand findet, (wenn also z. B. ein Polizeibeamter bei einer Verhaftung, Festnahme etc., die Grenzen seiner Befugnisse — nach preuss. Ges. v. 12. Febr. 1850, § 1 bis 6 — überschreitet, wenn ein Finanzbeamter über seinen Auftrag hinaus ungebührliche oder übermässige Abgaben eintreibt, wenn ein Executor auf eine höhere als die angewiesene Summe die Vollstreckung zu bethätigen versuchte, wenn ein Gerichtsbote eine nur vorzuladende Person gewaltsam vor Gericht führen wollte) falls die Grenzen der erlaubten Selbstvertheidigung eingehalten sind, von einer strafbaren Widersetzung nicht die Rede ist<sup>4)</sup>.

In diese Fälle und ihre weiter möglichen Abarten zergliedert sich sonach die Zulässigkeit eines Widerstandes gegen solche Handlungen öffentlicher Behörden, welchen die Qualität der Rechtmässigkeit nicht zukommt. —

<sup>1)</sup> s. *Goltdammer*, Archiv, V. S. 47.

<sup>2)</sup> Präjud. d. Plenums d. Senats f. Strafs. d. Ob.-Trib. vom 12. Januar 1857: *Entscheidgn.* Bd. 35, S. 240; *Erk. d. Ob.-Trib.* v. 31. Januar 1866 u. v. 20. Novbr. 1862: *Goltdammer*, Archiv, XIV, S. 222, XI. S. 125; *Oppenhoff*, preuss. St.-G.-B. § 89 (S. 160), n. 21.

<sup>3)</sup> *Goltdammer*, Archiv XX. S. 95.

<sup>4)</sup> s. *Erk. d. Ob.-Trib.* v. 4. Januar 1872: *Goltdammer*, Archiv XX. S. 89 ff.; ferner *Goltdammer*, Archiv, V. S. 558 (*Erk. d. Ob.-Trib.* v. 25. Febr. 1857 und 29. April 1857); *Seeger*, *Abhandlgn.* S. 315; *Weis*, *Comm. z. bayer. St.-G.-B.* I. S. 353; *Dollmann*, *Comm. z. bayer. St.-G.-B.* II. S. 196, Anm. 17, S. 197, Anm. 19; *Stenglein*, *Comm. z. bayer. St.-G.-B.* Ausg. 1870, S. 208, n. 15; R.-St.-G.-B. § 353.



## S c h l u s s.

So klar und offenbar in manchen Fällen die Widerrechtlichkeit eines obrigkeitlichen Angriffs sein kann, so schwierig und gefährlich wird hin und wieder die Ausübung des Widerstandsrechtes werden und die Wahrheit der Bemerkung *Hufnagel's* <sup>1)</sup> darthun, „es sei um die Ausübung dieses Rechts eine missliche Sache. Sei die Frage über die Rechtswidrigkeit des fraglichen Aktes eine für den Staatsbürger an sich schon schwierige, so müsse sie noch viel schwieriger in dem Augenblicke sein, wo er in seiner eigenen Angelegenheit befangen, oft einen schnellen Entschluss zu fassen habe, ob er die ihm drohende Verfügung dulden oder sich ihr widersetzen solle“ <sup>2)</sup>.

Jedenfalls muss der Bürger die *gesetzlichen Befugnisse* derjenigen Behörden *kennen*, welcher er sich widersetzen zu müssen glaubt und von deren *widerrechtlicher* Handlungsweise *überzeugt* sein, wenn er gegen dieselbe Nothwehr gebrauchen will; in Zweifelsfällen aber bleibt sie immer ein bedenkliches Experiment, welches jedenfalls zur äussersten Vorsicht mahnt <sup>3)</sup>.

Ist es auch in einem gesunden Staatsleben nur naturgemäss und eine berechtigte Folge der bürgerlichen Freiheit, dem Unrechte, selbst wenn es von der obrigkeitlichen Gewalt zugefügt wird, Widerstand entgegenzusetzen, so muss doch gerade für dieses hohe Recht der Unterthanen, das — nur für ein Volk auf höherer Culturstufe denkbar — in seiner moralischen Bedeutung für den Freiheitssinn und das Selbstständigkeitsgefühl des Bürgers nicht zu unterschätzen ist, die fortschreitende Bildung und sittliche Hebung des Volkes den Boden ebnen, auf dem es gedeihen und den liberalen Intentionen des Gesetzgebers entsprechend verwirklicht werden kann.

<sup>1)</sup> Comm. z. württemb. St.-G.-B., I. S. 446—47.

<sup>2)</sup> s. oben S. 47; vgl. hiezu auch *Hepp*, Staatsverbrechen, S. 197—198.

<sup>3)</sup> s. *Hälschner*, System d. preuss. Strafr., I. S. 264; *Schulze*, preuss. Staatsr., I, S. 371, Anmerkung.



















Hiller, Karl,

Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe des Vergehens der  
Widersetzlichkeit (§ 113 des R.-St.-G.-B.) ; Habilitationsschrift

Würzburg 1873

Crim. 128 xh

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11158064-6